الجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه الشعبيه

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة منتوري ـ قسنطينة

كلية الحقوق

الرقم التسلسلي : ....

رقم التسجيل: ....

نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

ـ دراسة مقارنة ـ

رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة

إعداد الطالب :

محمد زعموش

تحت إشراف :

د. عبدالمجيد قموح

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتور : المكي دردوس — جامعة منتوري قسنطينة — رئيسا

الدكتور : عبدالمجيد قموح (عميد كلية الحقوق) جامعة منتوري قسنطينة — مشرفا ومقرر

الدكتور : عبدالرزاق بوبندير (رئيس المجلس العلمي بكلية الحقوق) جامعة منتوري قسنطينة — عضو

الدكتور : عبدالحفيظ طاشور (رئيس اللجنة العلمية) جامعة منتوري قسنطينة — عضوا

الدكتور : عمار بلمامي (رئيس المجلس العلمي بكلية الحقوق) جامعة فرحات عباس سطيف — عضوا

السنة الجامعية : 2005/2004

الإهداء

إلى روح أمي الطاهرة تغمدها الله بواسع رحمته .

إلى زوجتي التي حرمت نفسها ، وضحت من أجلي وكانت سندا لي في إنجاز هذا العمل .

إلى فلذة كبدي أولادي :

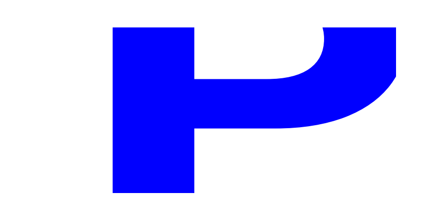
هيثم ، سلسبيل ، وخاصة بلقيس .

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع .

محمد

شكر وتقدير

الحمد لله الذي لايحمد على مكروه سواه



ω [رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي يَفْقَهُوا قَوْلِي]
الآية من 25 إلى 28 من سورة طه

اللهم أكرمنا بنور الفهم وأخرجنا من ظلمات الوهم، وزين أخلاقنا بالحلم، واجعلنا من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسن.

أما بعد :

بادئ ذي بدء أتوجه بالشكر الجزيل، والثناء الخالص إلى أستاذي الفاضل الدكتور قموح عبدالمجيد، الذي قبل مواصلة الإشراف رغم إنشغالاته الكثيرة، كما لايفوتني أن أتقدم كذلك بجزيل الشكر إلى الدكتور عبدالرزاق بوبندير الذي كان موجهي لتحضير هذه الرسالة في جميع مراحلها ، وعلى سعة صدره وملاحظاته القيمة التي كانت لي بمثابة المنارة أهتدي بها طوال مدة إنجاز هذا البحث ، كما لا أنسى أستاذي الدكتور المكي دردوس الذي لم يبخل علينا بإرشاداته ونصائحه وتوجيهاته القيمة ما ذلل أمامي الصعوبات الكثيرة، وعموما أتقدم بخالص تحياتي إلى الدكتور عبدالحفيظ طاشور والدكتور عمار بلمامي ، هذا الأخير الذي قبل مناقشة هذه الرسالة رغم إنشغالاته وتحمله عناء السفر وإلى جميع أعضاء لجنة المناقشة على قبول قراءة فصول هذه الرسالة، وإبداء ملاحظاتهم بشأنها ومناقشتها والتوجيه فلهم مني جميعا خالص الشكر والتقدير.

مقدمـــــــة

مقدمة

لقد شكل عقد البيع ولايزال يشكل اهم وسيلة أو اداة لربط الانتاج بالاستهلاك واشباع حاجات الافراد المختلفة . ولم يكن المشتري كأحد أطراف هذا العقد يقصد من أقدامه على التعاقد اكتساب ملكية الشيء او الحيازة المادية فقط، بل كان يريد مبيعا مفيدا له أي صالح للاستعمال المعد له أو الغرض الدي يقصده المشتري من المبيع .

والقاعدة هي ان عقد البيع يفرض على البائع بان يضمن للمشتري حيازة هادئة للشيء المبيع . ولتحقيق هذا الهدف وضع المشرع ما يسمى بضمان التعرض والاستحقاق .

إضافة إلى ذلك يلتزم البائع بأن يضمن للمشتري حيازة نافعة مؤدية للغرض المقصود من الشيء المبيع . لان المبيع المشوب بعيب خفي قد ينقص من الانتفاع المقصود من هذا الشيء أو من قيمته . فاذا نقصت هذه الغاية اعتبر ذلك بمثابة عيب خفي يستوجب الضمان . ولتحقيق ذلك وضع المشرع ضمانة للمشتري تحقق له هذه الغاية وتوفر له الاستقرار في التعامل لأن هذا الأخير لا ينمو الا في ظل الثقة والاستقرار. وهذا ما يسمى بضمان العيوب الخفية .

والمتتبع لنظرية العيوب الخفية يلاحظ بوضوح كيف أنها تطــورت مع التطورات التي حصلت في المجالات الاقتصادية والإجتماعية وكيف أن مفهوم العيب الخفي قد تغير من مفهوم ضيق وهو الآفة الطارئة التي تصيب المبيع إلى مفهوم شامل وواسع أي مفهوم إقتصادي أو الغاية التي يرجوهــا المشتري من

الشيء محل العقد . فإذا تخلفت هذه الغاية اعتبر ذلك عيبا موجبا للضمان .

ومن الناحية النظرية يعتبر ضمان العيوب الخفية من أهم مواضيع البحث في عقد البيع لكونه يشكل مجالا خصبا للتدقيق والتحقيق لا سيما اذا علمنا أن الآراء مختلفة بشأنه سواء من ناحية ماهيته أو شروطه أو أحكامه أو طبيعته القانونية .

ومن الناحية العملية لا يخفى على احد أن أغلب النزاعات في عقود البيع والايجار والمقاولة سببها العيوب الخفية . وتزداد أهمية دراسة نظرية العيوب الخفية من الناحية العملية بصفة خاصة إذا علمنا ان حل هذه النزاعات كان محل خلاف سواء على مستوى القضاء أو الفقه. والسبب في ذلك هو الغموض الذي يعتري بعض النصوص القانونية المنظمة لضمان العيوب الخفية .

ولعل الشيء الملفت للانتباه بخصوص هذا الموضوع هو أنه علـى الرغم من التقدم الهائل الدي يحدث في العالم في الميدان الصناعـي والتكنولوجي خاصة وما صاحب ذلك من تطور في نظام إنتاج وتوزيع الأجهزة والآلات الحديثة والسيارات التي غالبا ما يعجز المشتري عن فهم مكوناتها وتعطلها بسبب العيوب الخفية التـي تصيبها لا سيما اذا كان المشتري مجرد مستهلك عادي .

إلا أن القضاء الجزائري ومن بعده الفقه لم يول هذه النظرية أي اهتمام ولم يمنحها العناية التي تستحقها . رغم انه لا يمكن للباحث في كتب القانون أن يتصفح أي مؤلف أو مجلة أجنبية قانونية إلا ويجد أنها خصصت لنظرية العيوب الخفية حيزا معتبرا من صفحاتها .

بل أن المتتبع لأحكام القضاء الجزائري يكتشف أن هناك شبه إهمال لهذه النظرية إن لم نقل أنه يجهلها تماما وذلك على الرغم من المجهوذات الجبارة التي بذلها الفقه والقضاء الفرنسي خاصة ، لإرساء قواعد هذه النظرية وحماية المشتري باعتباره الطرف الضعيف في عقد البيع .

وسواء كان هذا الإهمال أو عدم الاهتمام عن قصد أو عن غير قصد فإن ذلك قد يترتب عليه نتائج قانونية هامة قد تصل إلى حرمان مئات الأشخاص من حقوق مؤكدة وخسارة كبيرة نظرا لما تحققه لهم هذه النظرية من ميزات معتبرة كما سنراه لاحقا من خلال دراستنا لهذه النظرية .

إضافة الى ما تقدم لا يوجد – حسب علمنا – كتاب أو رسالة تتناول موضوع نظرية ضمان العيوب الخفية .

وهذا ما دفعنا الى دراسة هذه النظرية وذلك من أجل محاولة إلقاء الضوء على النقاط التي ثار الخلاف بشأنها وازالة للغموض الذي يعتريها. وقد حرصنا أن تكون دراسة نظرية العيوب الخفية عبارة عن مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية لكون هذه الأخيرة قد أولت لموضوع ضمان العيوب الخفية أو "خيار العيب "حسب تعبير فقهاء الشريعة عناية خاصة إضافة إلى وجود إختلاف بينهما وهذا من شأنه أن يشكل إضافـــة جديدة ومتميزة للموضوع عن طريق المقارنة . كما حرصنا أن تكون هذه الدراسة أيضا دراسة نظرية وعملية نظرا للطابع العملي الدي تتسم به هذه النظرية فقمنا بتحديد القاعدة متبوعة بالمثال أو الأحكام التي تأثرت بها أو أثرت في إيجادها .

وقد نظم المشرع الجزائري ضمان العيوب الخفية في القانون المدني في المواد من 379 الى 386 منه . وتعتبر القواعد التي تضمنتها هذه المواد قواعد مكملة لإرادة الطرفين حيث أجاز المشرع لطرفي العقد الاتفاق على زيادة أو إنقاص أو إسقاط الضمان نهائيا .

إن دراستنا لنظرية ضمان العيوب الخفية ترمي الى التعرف على العيوب الخفية وبيان ماهيتها ومصدرها والتطور التاريخي لنظرية ضمان العيوب الخفية وكل ذلك في الشريعة والقانون وهذا في فصل تمهيدي .

ثم نتناول بالدراسة شروط ضمان العيب الخفي الموجب للضمان ومجال تطبيقه في باب أول وأخيرا أحكام ضمان العيب الخفي وأساسه القانوني في باب ثاني وذلك حسب الخطة التالية :

الفصل التمهيدي

التعريف بالعيب الخفي والتطور التاريخي لنظرية ضمانه

المبحث الاول : تعريف العيب الخفي

المطلب الاول : تعريف العيب الخفي لغة

المطلب الثاني : تعريف العيب الخفي اصطلاحا

المبحث الثاني : التطور التاريخي لنظرية ضمان العيوب الخفية

المطلب الاول : تطور نظرية العيوب الخفية في القانون الوضعي

المطلب الثاني : تطور نظرية العيوب الخفية في الشريعة الاسلامية

الباب الاول
شروط العيب الخفي الموجب للضمان ومجال تطبيقه

الفصل الاول
شروط العيب الخفي الموجب للصمان

المبحث الاول : شرط الجسامة
المطلب الاول : شرط الجسامة في القانون الوضعي
المطلب الثاني : شرط الجسامة في الشريعة

المبحث الثاني : شرط القدم
المطلب الاول : شرط القدم في القانون الوضعي
المطلب الثاني : شرط القدم في الشريعة

المبحث الثالث : شرط الخفاء
المطلب الاول : شرط الخفاء في القانون الوضعي
المطلب الثاني : شرط الخفاء في الشريعة

المبحث الرابع : شرط عدم العلم بالعيب
المطلب الاول : شرط عدم العلم بالعيب في القانون الوضعي
المطلب الثاني : شرط عدم العلم بالعيب في الشريعة الاسلامية

الفصل الثاني
مجال ضمان العيب الخفي

المبحث الاول : مجال ضمان العيب الخفي من حيث الاشخاص
المطلب الاول : مجال ضمان العيب من حيث الاشخاص في القانون
المطلب الثاني : مجال ضمان العيب من حيث الاشخاص في الشريعة

المبحث الثاني : مجال ضمان العيب الخفي من حيث العقود
المطلب الاول : مجال ضمان العيب من حيث العقود في القانون
المطلب الثاني : مجال ضمان العيب من حيث العقود في الشريعة

المبحث الثالث : مجال ضمان العيب الخفي من حيث المدة
المطلب الاول : مجال ضمان العيب من حيث المدة في القانون
المطلب الثاني : مجال ضمان العيب من حيث المدة في الشريعة

الباب الثاني
أحكام ضمان العيب الخفي وأساسه القانوني

الفصل الاول
اثار دعوى ضمان العيب الخفي

المبحث الاول : الحق في الخيار بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن
المطلب الاول : حق الخيار في القانون الوضعي

المطلب الثاني : حق الخيار في الشريعة

المبحث الثاني : حق المتعاقد في طلب الرد
المطلب الاول : دعوى الرد (في القانون والشريعة)
المطلب الثاني : مشتملات الرد (في القانون والشريعة)
المطلب الثالث : موانع الرد (في القانون والشريعة)

المبحث الثالث : دعوى انقاص الثمن
المطلب الاول : دعوى انقاص الثمن في القانون
المطلب الثاني : دعوى انقاص الثمن في الشريعة

المبحث الرابع : حق المتعاقد في طلب التعويض او التنفيذ العيني
المطلب الاول : الحق في طلب التعويض
المطلب الثاني : الحق في التنفيذ العيني

الفصل الثاني
انتقال الحق في ضمان العيب وسقوطه

المبحث الاول : انتقال الحق في ضمان العيب الى الغير
المطلب الاول : انتقال الحق في ضمان العيب الى الخلف العام
المطلب الثاني : انتقال الحق في ضمان العيب الى الخلف الخاص

المبحث الثاني : سقوط الحق في ضمان العيب
المطلب الاول : سقوط الحق في الضمان في القانون
المطلب الثاني : سقوط الحق في الضمان في الشريعة

المبحث الثالث : الاتفاق على تعديل احكام الضمان
المطلب الاول : تعديل أحكام الضمان في القانون
المطلب الثاني : تعديل أحكام الضمان في الشريعة

الفصل الثالث
الطبيعة القانونية لضمان العيوب الخفية

المبحث الاول : النظريات ذات النزعة الشخصية (عيوب الرضى)
المطلب الاول : نظرية الغلط كأساس لضمان العيوب الخفية
المطلب الثاني : نظرية السبب كأساس لضمان العيوب الخفية
المطلب الثالث : نظرية الافتراض كأساس لضمان العيوب الخفية

المبحث الثاني : النظريات ذات الاتجاه المختلط
المطلب الاول : نظرية العدالة
المطلب الثاني : نظرية عدم التنفيذ
المطلب الثالث : نظرية تحمل التبعة

الخاتمـــة .

الفصل التمهيدي

التعريف بالعيب الخفي

والتطور التاريخي لنظرية ضمانه

الفصل التمهيدي

التعريف بالعيب الخفي والتطور التاريخي لنظرية ضمانه

سنتناول في هذا الفصل المقصود من ضمان العيب ونبين مصدره وذلك في مبحث أول ثم نتطرق إلى التطور التاريخي لنظرية العيوب الخفية في مبحث ثاني، وكل ذلك في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية على التوالي.

المبحث الأول
تعريــف العيب الخفي

ان تحديد معنى العيب الخفي يقتضي بيان المقصود من كلمة عيب لغة واصطلاحا . وذلك في مطلبين على التوالي :

المطلب الأول
تعريف العيب في اللغة

تعرف كلمة العيب في اللغة وجمعها أعياب وعيوب " بالوصمة " فيقول سيبويه : " عاب الشئ والحائط عيب أي صار ذا عيب وعيبته أنا وعابه عيبا. وعابا وعيبه وتعييه نسبة إلى العيب وجعله ذا عيب ... "[1]. فالمتاع إما أن يكون معيبا أو معيوبا .

والعيب قد يكون ماديا كما قد يكون معنويا أيضا، فيقال تعايب القوم أي عاب بعضهم بعضا، وقد يوصف القول بأنه قول معيب.

وقد ذكر لنا الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم مثالا للعيب المادي فقال في سورة الكهف : { أَمّا السّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلّ سَفِينَةٍ غَصْبًا }[2].

أما في اللغة الفرنسية فيعرف العيب " Vice " بالنقيصة " Défaut " وأن النقيصة هي عدم وجود ما هو ضروري كالنقص في

---

(1) - لسان العرب **لإبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري** : ج2، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ص 124 - 125 . (بدون تاريخ) .

(2) - **سورة الكهف ، الآية 29 .**

المعرفة أو الذاكرة، وأن هذا النقص قد يكون ماديا أو معنويا[1].

وعموما فالعيب لغة هو النقيصة أو الوصمة وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة. والعيب قد يكون يسيرا أو فاحشا، فاليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، أما الفاحش فهو خلاف اليسير مالايدخل تحت تقويم المقومين.

هذا وتجدر الإشارة الى أن العيب المعنوي البحت لايدخل في نطاق العيب الذي إذا توافرت شروطه القانونية يصبح عيبا موجبا للضمان، كما هو الحال في تعايب القوم والعيب في القول.

ومع ذلك فسنرى لاحقا أن بعض هذه العيوب المعنوية أو الخلقية كانت تعتبر عيوبا خفية تستوجب الضمان ولاسيما في بيع الرقيق. ومثال ذلك أن يكون العبد ميالا للسرقة أو الإباق أو معتاد للزنى، لكن الغالب هو أن يكون العيب ماديا.

المطلب الثاني
تعريف العيب اصطلاحا

اولا : تعريف العيب في الشريعة

عرف الحطاب من المالكية العيب بأنه : " ما يثبت بسببه نقص يخالف ما التزم به البائع شرطا أو عرفا في زمان ضمانه "[2].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 338 بقولها : " العيب

---

(1) - **أحمد فراج حسين** : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة المصرية
القاهرة، ص 342 . (بدون تاريخ) .

(2) - **الحطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن** : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الرابع ، الناشر دار الفكر -القاهرة ص- 427 .(بدون تاريخ).

هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة " ، وهو تعريف الحنفية[1].

وعرفه شهاب الدين الرملي من الشافعية بأنه : " المتعلق بفوات مقصود مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي أو قضاء عرفي "[2].

والملاحظ عن كل من تعريف الحطاب وشهاب الدين الرملي أنهما أدخلا صراحة فوات الوصف ضمن مفهوم العيب.

كما عرف الإمام محمد الخطيب الشربيني العيب الخفي بأنه: " كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه "[3].

وعرفه إبن حزم بأنه : " كل ما حط من الثمن الذي إشترى به أو باع به مالا يتغابن الناس بمثله لأن هذا هو الغبن "[4].

وهذا هو المعنى الذي ورد في فتاوي الإمام إبن تيمية حيث جاء

---

(1) - **الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود** : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء الخامس ، الطبعة

الثانية -دار الكتاب العربي -بيروت- 1982 ص 274 .

(2) - **الرملي شمس الدين محمد بن احمد** : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الجزء الرابع -دار الفكر، القاهرة ، 1938، - ص 325 .

(3) - **محمد الخطيب الشربيني** : مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين

لأ**بي زكريا بن شرف النووي** ، ج2، طبع بإشراف شركة سابي ، بيروت ، 1955 ، ص 51 .

(4) - **المحلى للإمام ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم** : الجزء التاسع ، تحقيق محمد منير عبـــده

الدمشقي، عنى بنشره وتصحيحه للمرة الأولى سنة 1351 هـ، إدارة الطباعة المنيرية، مصـــــر ص 379 (بدون تاريخ).

: " أن العيب هو الذي ينقص القيمة في العادة نقصا بينا "[1].

ويتضح مما سبق أن العيب هو آفة عارضة تصيب محل العقد يخلو منها عادة. ومثاله المرض في الحيوانات والتسوس في الأخشاب، والدود والتعفن في الفاكهة، وضعف الأساس في البناء ، وعيوب الصنع في الآلات الحديثة ... إلخ.

فجميع هذه العيوب لاتقتضي الفطرة السليمة وجودها في محل العقد، ولايرضى بها المتعاقد في العادة لأن الغالب هو عدمها.

إلا أن هذا الكلام لايعني بالضرورة وجود سلامة السلعة سلامة كلية، فهناك شوائب قد تصيب محل العقد. ومع ذلك لاتعد عيوبا بالمعنى المتعارف عليه. فيجري العرف على التسامح فيها كالأتربة والحصى اليسير في الحبوب، والقليل من القش في القطن والفساد في بعض أفراد اللوز أو الجوز وتسوس التمور... إلخ.

وهذا ما جعل بعض التشريعات تنص صراحة على عدم الإعتداد بالعيب اليسير الذي يجري العرف على التسامح فيه[2].

كما تجب الإشارة في هذا المقام إلى عدم الخلط بين رداءة الشئ وتعيبه، فالأشياء التي توجد في أصل فطرتها السليمة ولو كانت على وجوه مختلفة مثل الأدنى والأعلى، تعتبر من قبيل الجودة والرداءة لا من قبيل العيب والسلامة، فالأصل في السلع أنها تتفاوت في الجودة، ففيها الجيد والمتوسط والردئ، فالرداءة ليست عيبا عند الفقهاء ولو أنها تعتبر عيبا في اللغة، لأنها حالة طبيعية

---

(1) - **مجموع فتاوي إبن تيمية** : جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي،
المجلد 25، ط 1، الجزء التاسع، المبيع ، مطابع الرياض ، 1313 هـ ، ص 392 .

(2) - المادة 448 مدني مصري، الفصل 647 من مجلة الإلتزامات التونسية. المادة 488 مدني جزائري. المادة
247 مدني يمني.

معتادة. فهي من الأوصاف الدنيا التي توصف بها السلع.

وإذا كان سعر الشئ الردئ هو أقل من سعر الشئ الجيد فسبب ذلك راجع إلى أن القيم تختلف باختلاف الأوصاف وليس لكون الرداءة عيبا. فالكبر والصغر يختلفان في القيمة، ولكن لايمكن القول أن صغر الشئ يعتبر عيبا فيه. بل قد نجد حالات يكون فيها الصغير أجود بكثير من الكبير.

ومثال الرداءة في الشئ أن يكون القمح أحمر اللون ، أو أن يكون اللوز غليظ القشرة، وعليه لايرد البرتقال لكثرة البذور بداخلها والخشب بضعفه أو عدم متانته، لأن ما أصاب هذه السلع لايعتبر عيبا بل مجرد تخلف وصف فيها كان يجب على المشتري إذا أراد أن يكفل توافره في المبيع[1]، ولكن يرد القمح بتسوسه والحيوان بمرضه.

والتمييز بين العيب بمعنى الآفة والرداءة له أهمية بالغة من الناحية العملية. إذ أن العيب يجعل البائع ملزما بضمانه دون حاجة إلى وجود شرط بذلك في العقد حسب فقهاء الشريعة الاسلامية . وملزما بمقتضى التشريع طبقا لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري وما يقابلها في القانون المقارن.

أما الرداءة في الشئ فلا يترتب عنها أي إلتزام على عاتق البائع سواء في الشريعة أو القانون لأنها مجرد أوصاف يحتمل وجودها عادة في المبيع. وعليه فإن البائع غير ملزم بضمانها إلا إذا وجد شرط صريح في العقد على عدم وجودها. ففي هذه الحالة

(1) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة للحصول درجة دكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس 1988 ، ص 468 .
- راجع أيضا : **د/ محمد لبيب شنب** و **د/مجدي صبحي خليل** : شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 ، ص 248 . رقم 185 .

نطبق عليها أحكام فوات الوصف أو خيار الوصف حسب تعبير فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثانيا : تعريف العيب في القانون .

لم يعرف المشرع الجزائري العيب الخفي، بل حذا في ذلك حذو المشرعين الفرنسي والمصري وغيرهما من التشريعات الحديثة. ومع ذلك فقد أوردت هذه القوانين بعض خصائص العيب الخفي الموجب للضمان .

فنص المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني على أنه " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو إستعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولولم يكن عالما بوجودها"[1].

أما القانون العراقي واليمني والكويتي وكل الدول التي تأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية فقد أوردت تعريفا للعيب الخفي الموجب للضمان، فقد نص المشرع العراقي في المادة 558 منه على أن " العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه ".

أما المشرع اليمني فقد عرف العيب الخفي في المادة 240 مدني بأن : " خيار العيب هو ما وجب لظهور شئ في المعقود

---

(1)- المادة 447 مصري ، الفصل 647 تونسي ، 407 سوري ، 442 لبناني.

عليه ينقص القيمة أو يفوت غرض العاقد "[1].

وواضح من هذين التعريفين ولاسيما اليمني أن المشرع قد وضع تعريفا عاما يشمل ضمان أو خيار فوات الوصف وضمان الإستحقاق الجزئي وضمان العيوب الخفية. ويستنتج ذلك من عبارة " ما وجب لظهور شئ في المعقود عليه" إذ ان هذه العبارة لايوجد بها ما يفيد أو يشير إلى تخصيص هذا التعريف لضمان العيب فقط.

كما يستدل من النصوص السابقة أن توسيع معنى العيب ليشمل تخلف الصفة قد جعل للعيب معنيين : عيب بمعنى الآفة وعيب بمعنى تخلف الصفة، أي أن البائع يكون ملزما بالضمان في كلتا الحالتين .

ويمكن أن نستخلص من النصوص السابقة سواء القانون المدني الجزائري أو الفرنسي أو العراقي أنها وضعت معياران للعيب الخفي الموجب للضمان، وهما معيار نقص القيمة أو المنفعة ومعيار تفويت غرض المتعاقد، وهما مأخوذان من الشريعة الإسلامية كما رأينا آنفا.

فمعيار نقص القيمة حرصت جميع المذاهب الإسلامية على أن تشير إليه نظرا لأهميته في نظر المتعاقد ولكونه المؤشر الأكثر دلالة على العيب. فحسب هذا المعيار أي آفة تصيب المبيع وتنقص من قيمته يترتب عنها نشوء الحق في الضمان أو الخيار حتى ولو كانت هذه الآفة لم تحدث نقصا في المبيع أو في منفعته، ويرجع في تقدير نقص القيمة إلى أهل الخبرة بطبيعة الحال[2].

---

(1) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، المرجع السابق ، ص 463 .

(2) - **أبو الوليد أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي**: بداية المجتهد ونهاية المقتصد الجزء 2، الطبعة

أما معيار تفويت غرض المتعاقد فهو معيار مكمل للمعيار السابق، وقد سبقت الإشارة إلى تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية للعيب الذين يشيرون إلى هذا المعيار.

وإذا أردنا ان نستخلص تعريفا عاما للعيب من هذه التعاريف يمكن القول أن العيب الخفي الموجب للضمان " هو حق يثبت لآحد المعاقدين بمقتضى القانون وبموجب عقد ملزم يخول لهذا الأخير الحق في فسخ العقد أو الإستمرار في تنفيذه والمطالبة بانقاص الثمن".

ثالثا : تعريف العيب في الفقه والقضاء الحديثين:

وعلى عكس القانون فقد عرف القضاء الحديث العيب الخفي حيث أوردت محكمة النقض المصرية تعريفا هاما للعيب الخفي تناقلته جل مؤلفات الفقهاء ورجال القانون، وقد صدر هذا الحكم في ظل القانون القديم وجاء فيه على الخصوص ما يلي : " ... العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة 313 من القانون المدني هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع "[1].

الثالثة ، 1960 ، ص 198. **الكاساني**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج5، المرجع السابق ص 274 .

- **إبن عابدين محمد بن أمين بن عمر** : حاشية إبن عابدين المسماة : رد المحتار على الدر المختار، ج4،

دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1952 ، ص 4 .

(1) - حكم محكمة النقض المصرية في 1948/04/08، المحاماة، السنة 29، العددان 3 و 4 من مجلـــد 1948 - 1949، ص 375.

- وانظر أيضا حكم لمحكمة ليون Lyon التي عرفت العيب بأنه : " لايعتبر عيبا إلا النقائص التي تشوب الشئ عرضيا ولاتتواجد بالضرورة في كل شئ من هذا النوع"، حكم في 1952/02/18 Gaz du Pal ، 1951-1955 - Vente - رقم: 322.

وواضح أن هذا التعريف هو مأخوذ عن الشريعة الإسلامية، وبالضبط عن المذهب الحنفي، حيث عرف الكمال بن الهمام العيب الخفي بأنه : " ماتخلو منه أصل الفطرة السليمة مما يعد به نقصا "[1]. وهو نفس التعريف الذي جاء به الزيلعي[2].

وأيا ماكان الأمر فإن المحاكم لم تكن تعتبر في بداية الأمر تخلف الصفة في المبيع عيبا يستوجب الضمان. لكن المشرع الجزائري نص في المادة 379 مدني السالفة الذكر على قيام الضمان في حالة عدم توافر الصفات التي كفل البائع وجودها في المبيع. وتتطابق هذه المادة مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة 310 من مجلة الأحكام العدلية على أنه : " إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشتري مخيرا إن شاء فسخ المبيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، ويسمى هذا الخيار خيار وصف ".

أما القانون المدني الفرنسي فلم ينص على فوات الوصف كعيب يستوجب الضمان. الأمر الذي أدى إلى وجود خلاف على مستوى الفقه، حيث ذهب البعض إلى أن ضمان العيوب الخفية لايقوم عند عدم توافر الصفات المشروطة في المبيع، لأن ذلك لايشكل عيبا. وإن كان يجوز للمشتري في هذه الحالة طلب إبطال العقد للغلط إذا توافرت شروطه[3].

---

(1) - **إبن الهمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد** : فتح القدير ، ج5 ، دار الفكر -1316 هـ ، ص 151 .

(2) - **الزيلعي عثمان بن علي** : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4 ـدار الكتاب الاسلامي، القاهرة ، 1314 هـ ، ص 31 .

(3) - **AUBRY et RAULD** : Cours de Droit Civil Francais , T VI , N° 355 , P 105 .

والحقيقة أن تخلف الصفة لايدخل بحسب الأصل في مفهوم العـيب بالمعنى الفني واللغوي للكلمة ، إلا إذا أراد المشرع ذلك، ولذلك نجـد القوانين التي تحرص على تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية على تخلف الصفة في المبيع تنص على ذلك صراحة. وهذا مافعله المشرع الجزائــري في المادة 379 ق.م[1].

المطلب الثالث
مصــدر ضمان العيب الخفي

يعتبر ضمان العيوب الخفية من المسائل القانونية التي تثبت بقوة القانون أو الشرع دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد أو في إتفاق لاحق. وبناء على ذلك فإن مصدر ضمان العيوب الخفية هو القانون او(الشريعة) وليس الإرادة (إرادة المتعاقدين) ويمكن إرجاع سند هذا الإلتزام بالضمان الشرعي أو القانوني إلى عدة أدلة تشكل المصدر الرئيسي له ولمشروعيته.

فعلى مستوى النصوص رأينا أن المشرع الجزائري نص في المادة 379 مدني على هذا الضمان وكذلك فعل المشرعون الأجانب، وعليه فهذه المادة وما يقابلها في القانون المقارن تشكل المصدر التشريعي أو القانوني لهذا الضمان.

أما على مستوى الشريعة الإسلامية الغراء فهناك عدد من

ـ مشار إليه في مؤلف **د . أسعد دياب** ، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الاسلامية والقوانين الحديثة العربية والاوروبية ، الطبعة الاولى، دار اقرأ للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت 1981، ص 33 .

([1]) ـ وهذا ما فعله المشرع التونسي والمغربي واللبناني، وسنعود إلى الكلام عن فوات الوصف بشئ من التفصيل لاحقا.

الأدلة الشرعية تثبت شرعية ضمان العيوب الخفية او خيار العيب كما يسمى عند جمهور الفقه الإسلامي، ومن هذه الأدلة على سبيل المثال ما رواه عقبة بن نافع أنه سمع رسول الله T يقول : { المسلم أخ المسلم ، لايحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له }[1].

وأيضا ما روته عائشة رضي الله عنها من أن : { رجلا إبتاع غلا ما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب، فقال البائع غلة عبدي، فقال النبي T الغلة بالضمان }[2].

كما أن الإلتزام بالمبيع المعيب ضرر، ولا ضرار في الإسلام عملا بحديث الرسول T { لا ضرر ولا ضرار }.

وقوله || في كتابه العزيز { يَاأَيّهَا الذّينَ آمَنُو لاتَـاكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةَ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ }[3].

وقد أكد المشرع اليمني صراحة في المادة 241 من القانون المدني أن ضمان العيوب الخفية يثبت من غير شرط في العقد[4].

وإذا كان القانون والشرع هما المصدران الأساسيان لضمان العيوب الخفية وفقا لما سبق بيانه، إلا أنه لايمكن الإستغناء عن الإرادة كلية في ثبوت هذا الحق. لأن سلامة المبيع من العيوب هو أمر مشروط ضمنا في العقد حتى ولو لم ينص عليه المتعاقدان صراحة. فالمنطق والعدل يقتضيان أن يقدم الشخص على التعاقد

---

(1) - أخرجه إبن ماجة، وأحمد والدار قطني والطبراني.
- **انظر عبد الله عبد الله محمد العلفي** ، المرجع السابق ، ص 469 .

(2) - رواه أحمد وابو داود وإبن ماجة ، وصححه الترمذي وإبن حيان والحاكم .
- **عبد الله عبد الله محمد العلفي** ، المرجع السابق ص 470 .

(3) - **سورة النساء ، الآية 29 .**

(4) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 470 .

على شئ سليم، حتى ولولم يشترط ذلك صراحة. لأن السلامة في المبيع مطلوبة ضمنا في كل العقود التي لاتتضمن شرط الإعفاء أو البراءة من الضمان.

كما أن إختلال رضا المتعاقد يعتبر علة ثابتة في ضمان العيوب الخفية. لأن تخلف السلامة في المبيع بسبب عيب من العيوب الخفية يجعل الرضا مختلا. لأن المشتري لايقصد من إقدامه على شراء الشئ الحصول على الحيازة المادية فحسب وإنما هي وسيلة للحصول على منافع هذا الشئ، فلايتصور أن يشتري شخص ثلاجة من أجل حيازتها وهو يعلم أنها لاتصلح للإستعمال المعد له الشئ وهو التبريد، وعليه إذا إستحال على المتعاقد الحصول على منافع الشئ أعتبر الرضا في حكم المختل أو المعيب، وهذا هو الأمر الذي جعل المشرع يتدخل لمنح المتعاقد الذي عيبت إرادته الحق في رد المبيع أو إنقاص الثمن.

هذا وتجب الإشارة الىأن ضمان العيوب الخفية لايؤثر في العقد من حيث تكييفه، فالعقد الذي يكون محله معيبا يعتبر عقدا صحيحا ينشئ إلتزامات على عاتق الطرفين فتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويحصل البائع على الثمن بمجرد إبرام العقد مع مراعاة ما يقضي به القانون بالنسبة للعقارات.

المبحث الثاني
التطور التاريخي لنظرية ضمان العيوب الخفية

سنتتبع نشأة وتطور نظرية ضمان العيوب الخفية في التشريعات القديمة، مع التركيز على القانون الروماني، على إعتبار أن قواعد هذا الضمان قد تكونت في هذا العهد.

وعليه سنحاول ـ بإيجاز ـ معرفة أسباب وجود ضمان العيوب

الخفية وكيف نظمه المشرع آنذاك ، وكيف تطور دون أن ننسى شريعتنا الإسلامية الغراء، وذلك في مطلبين على التوالي :

المطلب الأول
نظرية العيوب الخفية في القانون الوضعي

وسنتناول تطور نظرية ضمان العيوب الخفية في القوانين القديمة والحديثة وذلك على النحو التالي :

أولا : نظرية العيوب الخفية في قانون حامورابي

يشير البعض أن ضمان العيوب الخفية قد وجد قبل صدور قانون حامورابي. إلا أن قواعده بقيت غير مستقرة نتيجة سهولة الغش من طرف البائع في تلك الفترة، وعدم إستطاعة المشتري إكتشاف العيب في الوقت المناسب، وهذا ما جعل إثبات وقت وجود العيب أمرا من الصعوبة بمكان(1).

وبعد إزدهار تجارة الرقيق في بابل وظهور كثير من العيوب في الرقيق، ألزم المشرع البائع بضمان تلك العيوب في المادة 278 من قانون حامورابي التي منحت للمشتري الحق في رفع دعوى فسخ العقد في حالة ظهور العيب بشرط أن ترفع خلال شهر من تاريخ إكتشاف العيب .

مع الإشارة الى أن هذه المادة قد ذكرت نوعا واحدا من العيوب الخفية وهو مرض الصرع، وفي نوع معين فقط من العقود وهو

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : الإلتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة 1974 ، ص 05 . والمراجع المشار إليها في الهامش .

بيع الرقيق[1]. كما نصت المادة 235 من نفس القانون على ضمان العيوب الخفية في عقد المقاولة والتي ألزمت مراكبي السفينة في حالة ظهور عيب فيها أن يجعلها سليمة على نفقته، ويسلم سفينة سليمة لصاحب السفينة[2].

ثانيا : نظرية العيوب الخفية في القانو ن الإغريقي

صدر تشريع في عهد صولون ينظم ضمان العيوب الخفية في بيع الرقيق فألزم البائع بإخطار المشتري بالعيوب الموجودة في العبد، وفي حالة إمتناعه عن ذلك يحق للمشتري الرجوع بدعوى الفسخ بعد إجراء تحقيق[3].

وفي مرحلة لاحقة من القانون اليوناني إمتد تطبيق ضمان العيوب الخفية إلى البيوع الأخرى غير الرقيق، كما أن المشتري لم يكن له حق إستعمال هذه الدعوى إذا كان عالما بالعيب، وكانت مدة رفع هذه الدعوى هي سنة بالنسبة لمرض الصرع، وستة أشهر بالنسبة للأمراض الأخرى .

أما التعويض عن الضرر الناتج عن العيب فكان مرتبطا بمدى علم البائع أو جهله بالعيب ، فإذا كان عالما بالعيب الخفي التزم بدفع ضعف الثمن ، أما إذا كان يجهل العيب فلا يلزم إلا برد الثمن الذي قبضه[4].

---

(1) - **د/ محمد سلام زناتي** : قانون حامورابي ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يناير 1971 ، ص 55 .

(2) - **د/ محمود سلام زناتي** : قانون حامورابي ، المرجع السابق ، ص 49 . (غير أنه يلاحظ أن هذه المادة حدد ت مدة رفع الدعوى في هذه الحالة بسنة وليس بشهر كما هو الحال في الرقيق) .

(3) - **MONIER (RAYMOND)** : La Garantie Contre les Vices Cachés Dans La Vente Romaine , Thése , Paris , 1930 , P 11 .
ـ مشار إليه في رسالة **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 60 .

(4) - **MONIER (RAYMOND)** : OP CIT , P 12 .

وواضح مما تقدم أن هناك تشابه بين قانون حامورابي والقانون اليوناني لكونهما يمنحان للمشتري حق إستعمال دعوى واحدة وهي دعوى الفسخ ، إلا أنهما يختلفان بعد ذلك من حيث العيوب الموجبة للضمان ومن حيث المدة.

فبينما نص قانون حامورابي على عيب واحد وهو داء الصرع. أضاف القانون اليوناني عيوبا أخرى وهي النقص في الجسم أو وجود عاهة يصعب شفاؤها.

أما من حيث مدة رفع الدعوى، فقد رأينا أن قانون حامورابي حددها بشهر واحد، في حين ميز القانون اليوناني بين داء الصرع ، فحدد مدته بسنة، والعيوب الأخرى وحدد مدتها بستة أشهر.

كما أن قانون حامورابي لايميز بين البائع سئ النية والبائع حسن النية ، أي البائع الذي يعلم بالعيب والذي لايعلم به، بينما القانون اليوناني ألزم ، كما رأينا البائع الذي يعلم بالعيب بأن يرد للمشتري ضعف الثمن .

ثالثا : نظرية العيوب الخفية في القانو ن الروماني

الأصل في نقل الملكية في القانون الروماني هو ما يسمى بالإشهاد "Mancipatio " أي القبض باليد. وكان هذا الإجراء مقتصرا على المنقولات، أو الأشياء النفيسة، أما الأموال غير النفيسة فتنتقل الملكية فيها بالتسليم.

وقد وجد في تلك الفترة نوعان من الضمانات، وهما ضمان الإستحقاق وضمان عجز المساحة.

فبالنسبة للأول إذا حصل المشتري على مال عن طريق الإشهاد ثم إتضح أنه مملوك للغير ، وتقدم هذا الأخير للمطالبة به يجوز للمشتري الرجوع على بائعه بدعوى تسمى آنذاك " Actio

Auctoritatis " ليدافع عنه أمام القضاء في دعوى الإسترداد المقامة عليه، فإذا حكم باستحقاق هذا المال للغير، التزم البائع بدفع ضعف الثمن(1).

أما بالنسبة لضمان عجز المساحة فقد نص عليها قانون الألواح الإثنى عشر، ومثال ذلك أن يذكر البائع صفات معينة مدعيا وجودها في المبيع (الأرض) أو أن يخفي عيوبا تشوبها، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري الرجوع على البائع بدعوى تسمى " Actio Modo.agri " وذلك من أجل الحصول من البائع على ضعف قيمة الجزء الناقص من العقار المبيع. وتعتبر هذه الدعوى بمثابة نواة لدعوى ضمان العيوب الخفية ، لكونها تقوم في حالة تأكيد البائع خلو المبيع من العيوب، أو توافر صفات معينة فيه، وهذه الأحكام يتناولها القانون في وقتنا الحالي كما سنرى.

ونظرا لرواج تجارة الرقيق في روما بعد الإنتصارات التي حققها الرومان في حروبهم ، وكون أغلب تجار الرقيق هم من الأجانب الذين شكك الرومان في نزاهتهم. لذلك تدخل مراقبوا الأسواق العامة لمنع غش هؤلاء وحماية مصالح الرومان. وهو الأمر الذي أدى إلى تدخل المحتسب الروماني لتنظيم البيوع في الأسواق العامة. فصدر منشور ينظم بيع الرقيق ودواب الجر، ثم شمل فيما بعد الحيوانات الأخرى(2).

وبموجب هذا المنشور أصبح البائع ملزما بوضع لافتة أو لائحة يبين فيها عيوب العبد أو الحيوان المعروض للبيع، كما صدر

---

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : الإلتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي، المرجع السابــق، ص 07 .

(2) - **د/ شفيق شحاتة** : نظرية الإلتزامات في القانون الروماني ، 1962 ، ص 333 . مشار إليه في رسالة **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 09 .

منشور خاص يلزم البائع بتقديم المعلومات التي تساعد المشتري على إستخدام العبد، كبيان مميزات العبد ونقائصه، وجنسيته[1]، فإذا لم يقم البائع بهذا الإخطار واكتشف المشتري عيبا بالعبد قامت مسؤولية البائع ولو كان جاهلا لذلك العيب .

وللمشتري ـ حسب منشورات المحتسب ـ حق الرجوع على البائع بدعوى الإشتراط ، ويحصل بموجبها على تعويض بقدر ما أنقص من العين. ولذلك سميت " Actio Aestimatoria " أو دعوى إنقاص الثمن بقدر النقص الذي أحدثه العيب " Actio Quanti Minoris "، أما إذا امتنع البائع عن تقديم تعهد بضمان العيوب (الإشتراط) أو ظهر عيب لم يصرح به أو تخلفت صفة من الصفات التي أكد البائع وجودها في المبيع فقد إستحدث المحتسب دعويين هما دعوى الفسخ " Actio Redhibitoria " وترفع خلال ستة أشهر، من تاريخ ظهور العيب، والثانية هي دعوى إنقاص الثمن ، وترفع خلال سنة من تاريخ ظهور العيب[2].

ويترتب على الحكم بفسخ البيع التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري، فيلتزم المشتري برد المبيع وتوابعه وثماره. فإذا أصيب المبيع بعيب نتيجة خطأ من المشتري التزم هذا الأخير تعويض البائع عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا العيب .

وكان القاضي يلزم المشتري أن يتعهد بأنه لم يرتكب أي غش وأن العبد لم يرتكب أي جريمة بامر أو بتحريض منه.

وبالمقابل يلتزم البائع برد الثمن وتوابعه، وعموما كل المصروفات التي أنفقها المشتري للمحافظة على المبيع والأضرار

---

(1) - **MONIER (RAYMOND)** : Thése Précitiée , OP CIT , P 42 .

(2) - لكن الرأي السائد في الفقه يرى أن المشتري لم يكن له في ذلك العهد سوى دعوى واحدة وهي دعوى الفسخ، اما دعوى الإنقاص فلم توجد إلا في العهد البيزنطي، أنظر مونيير **Monier**: المرجع السابق ، ص 120 - 121.

التي أصابته[1].

وإذا كان منشور المحتسب لم يتطلب الإخطار إلا في عقود البيع كما سبق بيانه، غير أن البعض يذكر أن هناك نصين في موسوعة جستنيان يطبقان قواعد الضمان في عقد المقايضة. ونص آخر يسمح لطرفي العقد باستعمال دعوى الضمان في هذا العقد باعتبارهما بائعين ومشتريين في آن واحد[2]، ولم يطبق ضمان العيوب الخفية على عقد الإيجار وعقد الهبة كون هذين العقدين ليسا من إختصاص المحتسب. بل حتى بالنسبة للعيوب لم تكن خاضعة كلها للضمان، إنما كان هذا الأخير يقتصر على البيوع التي تتم في الأسواق العامة فقط.

أما بخصوص محل العقد فكان مقتصرا ـ حسب المنشور ـ على بيع الرقيق كما أسلفنا . ثم صدر منشور آخر يدرج بعض الحيوانات، ثم إستعمل الفقهاء القياس فطبقوا المنشور على جميع الحيوانات وتدريجيا طبق على جميع العيوب[3].

وخلاصة القول في القانون الروماني أن الضمان بدأ إتفاقيا وكان يلزم لإستعماله وجود إتفاق صريح . لكن إتساع رقعة العلاقات التجارية إستلزم توفير ضمانة محددة للمشتري. وكان الفضل في ذلك لحكام الأسواق الذين فرضوا على البائع الإعلان عن العيوب سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة.

وكان البائع لايعفى من الضمان حتى ولو كان يجهل العيب، أي لم يكن يطبق في تلك الفترة مبدأ حسن النية في العقود على الأقل على ضمان العيوب الخفية.

---

(1) - **MONIER (RAYMOND)** : Thése Précitiée , OP CIT , P 73 - 75 .

(2) - **MONIER (RAYMOND)** : Thése Précitiée , OP CIT , P 43.

(3) - **MONIER (RAYMOND)** : Thése Précitiée , OP CIT , P 47 .

وإذا كان المحتسب لايمكن إعتباره مشرعا بالمعنى الفني للمصطلح الموجود في وقتنا الحاضر ـ لكونه كان مجرد مراقبا للأسواق ـ إلا أن عمله الذي كان يهدف إلى منع الغش في الأسواق أدى إلى ظهور أوامر في منشوره تكونت منها قواعد ضمان العيوب الخفية . وأيضا نظرا لكون السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية لم تكن منفصلة لدى الرومان(1).

المطلب الثاني
نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية

كانت أحكام الشريعة الاسلامية هي التي تحكم مجالات الحياة في معظم الدول العربية والاسلامية وهي لاتزال تطبق في البعض منها الى يومنا هذا .

وقد عرفت شريعتنا الإسلامية الغراء ضمان العيوب الخفية منذ ظهور الإسلام ولكن تحت إسم " خيار العيب " ويسمى في مذهب الإمام مالك رحمه الله "بخيار النقيصة أو العهدة "(2).

وقد إعتبر فقهاء الشريعة أن السلامة مشروطة في العقد ضمنا وأن إختلال رضا المتعاقد يعتبر علة ثابتة في ضمان العيوب الخفية ، كما أن العقد يقتضي السلامة لكونه عقد معاوضة، والمعاوضة مبناها السلامة.

وقد إستدل فقهاء الشريعة الإسلامية على خيار العيب بما يلي :

ـ أن الإلتزام بالمبيع المعيب ضرر. ولا ضرار في الإسلام، حيث قال رسول الله T { لاضرر ولاضرار }(3).

(1) - **CHARLIN** : de la Grantie à Raison des Vices Cachés en Matiere de Vente , Thése , Paris , 1895 , P 19.

(2) - **د/أسعد دياب** : ضمان العيوب الخفية ، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية ، المرجع السابق ، ص 16 .

(3) - حديث رواه **أحمد وإبن ماجة** : **انظر د. اسعد دياب** : المرجع السابق ص17 .

ـ قوله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم { يَاأَيّهَا الذّينَ أَمَنُوا لاَتَأْكُلُوا امْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلا أنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ... } (1).

ـ قوله T : { لا يحل مال أمريء مسلم الا عن طيب نفس ومن غشنـــــــا فليس منا }.

كما روي عن الامام علي أنه قال :" ان خرج في السلعة عيب وعلم المشتري فالخيار اليه ان شاء رد وان شاء اخذ ورد بالقيمة ارش المبيع ".

أما على مستوى القوانين الحديثة يمكن القول أن التطورات التي مست ضمان العيوب الخفية في القانون الروماني قد أنتقلت إلى القانون الفرنسي كما هي، ولايوجد فرق إلا من ناحية مدة تقادم دعوى الضمان. إذ ترك المشرع الفرنسي أمر تحديد هذه المدة إلى السلطة المطلقة لقاضي الموضوع. وذلك على عكس القانون الروماني الذي حددها ـ كما رأينا ـ بسنة في مرض الصرع، وستة أشهر في العيوب الأخرى.

مع الإشارة الىأن المشرع الفرنسي أخرج من نطاق ضمان العيوب الخفية البيوع المتعلقة بالحيوانات الأليفة حيث حدد العيوب الموجبة للضمان في هذه البيوع على سبيل الحصر وذلك بموجب قانون 1838 ثم عدل هذا القانــون سنة 1884.

وقد ترك القانون الفرنسي بدوره بصماته على بعض القوانين العربية باعتباره المصدر الأساسي بالنسبة لها. ومن هذه القوانين : القانون المصري، واللبناني والتونسي والسوري والليبي والجزائري. هذا الأخير الذي نص على ضمان العيوب الخفية في

---

(1) - الآية 29 من سورة النساء .

المواد من 379 إلى 386 من القانون المدني الصـــادر سنة 1975 .

والملاحظ في هذا القانون الاخيرأنه ألحق تخلف الصفة في المبيع بضمان العيوب الخفية، فأعطاها حكمه. وذلك على خلاف القانون الفرنسي. كمـا أنه لم يفرق بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، وكيفية تقدير إنقـاص الثمن، وكل مافعله أنه أحال إلى أحكام ضمان الإستحقاق على إعتبار أن ضمان العيوب الخفية وضمان الإستحقاق مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة.

أما النقطة الأساسية في القانون المدني الجزائري فهو تحديده لمدة رفع دعوى الضمان بسنة من يوم تسليم المبيع. وذلك خلافا للقانون الفرنسي الذي ترك أمر تحديدها إلى سلطة القاضي والشريعة الإسلامية التي حددتها عموما بثلاثة أيام كما سنرى لاحقا.

كما نظم التقنين المدني الجزائري موضوع ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة في الأشياء الدقيقة. وأورد أيضا نصوصا لتنظيم ضمان العيوب الخفية في عقد الإيجار مسايرا في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية، وكذلك فعل في عقد المقاولة، وعقد الشركة.

الباب الأول

شروط العيب الخفي

الموجب للضمان ومجال تطبيقه

الباب الأول
شروط العيب الخفي الموجب للضمان ومجال تطبيقه

لا يثبت الحق في ضمان العيب الخفي للمتعاقد لمجرد وجود عيب بالمبيع إنما يجب ان يتوافر في هذا العيب شروط معينة . فاذا كان المشرع يهدف من وراء تقرير ضمان العيب الخفي حماية المشتري باعتباره الطرف الضعيف في العقد، فان المنطق والعدل يقتضيان الا تمتد هذه الحماية الى تسرعه أوعدم تبصره.

ولذلك فان التوسع في مفهوم العيب او التساهل في شروطه قد يؤديان الى حماية المشتري سيء النية أو المهمل على حساب البائع لاسيما إذا كان بائعا عرضيا .كما ان تضيق هذه الشروط قد يترتب عنه إخلالا بالتوازن العقدي لصالح البائع ، وهذا من شانه ان يهدد استقرار المعاملات ويزعزع الثقة في المعاملات . كما ان ضمان العيوب الخفي وان كان يطبق مبدئيا على جميع العقود والبيوع الا ان هناك استثناءات على هذا المبدأ ،وبيوع ثار الخلاف بشأنها .

وعليه سنتناول شروط العيب الخفي ومجال تطبيقه في كل من القانون والشريعة الاسلامية وذلك في فصلين على التوالي :

الفصل الأول

شروط العيب الخفي الموجب للضمان

الفصل الأول
شروط العيب الخفي الموجب للضمان

يمكن القول أنه لايوجد إتفاق بين الفقهاء حول تحديد شروط العيب الخفي الموجب للضمان، فقد حددها البعض بثلاثة وهي شرط القدم وشرط الجسامة أو التأثير وشرط الخفاء[1]. بينما جعلها البعض أربعة شروط وهي القدم والتأثير والخفاء وعدم علم المشتري بالعيب[2]. وأضاف البعض الآخر إلى هذه الشروط الأربعة شرطا خامسا وهو ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني أي بإشراف الإدارة أو القضاء[3]. واكتفى البعض بشرطين فقط[1].

---

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق، ص 33 . **أحمد فراج حسين** : المرجع السابق، ص 343.

د. أنور سلطان : العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية، مطبعة دار نشر الثقافــة

الإسكندرية، 1952 ، ص 269 .

د. عبدالنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني الجديد ، الطبعة الثانية، مطابع دار الكتاب العربي

مصر ، 1958 ، ص 54 .

- J - **ESCARRA et J - RAULD** : traité théorique et pratique de droit commercial ,les contrats commerciaux ,les ventes commerciales ,par jean hemard , librairie du recueil ,Paris, P 147 , N° 275.

(2) - **عبد الرزاق السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، دار إحياء التراث العربي بيروت، 1952، ، ص 717 ، رقم 364 .

(3) - **د. زهدي يكن** : عقد البيع، المكتبة المصرية، بيروت . ص 255 رقم 111 .(بدون تاريخ).

د. سمير عبدالسيد تناغو : عقد البيع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1973 ، ص 320 .

أما على مستوى النصوص القانونية فلم يحدد المشرع الجزائري شروط العيب الخفي سالكا في ذلك مسلك المشرع الفرنسي والمصري والتونسي والمغربي، واكتفى عند تنظيمه لأحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع والإيجار بذكر خصائص العيب الموجب للضمان، وهي أن يكون هذا العيب مؤثرا في الشئ بحيث ينقص من نفعه او قيمته نقصا محسوسا وأن يكون سابقا في وجوده عن التسليم. ويبدو ذلك من نص المادة 379 مدني جزائري التي تنص على أنه : " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو إستعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ".

وتنص المادة 1641 مدني فرنسي على أنه : " يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية التي تجعل المبيع غير صالح للإستعمال الموجه له أو التي تنقص من هذا الإستعمال إلى حد أن المشتري ماكان ليشتريه أو ما كان ليدفع إلا ثمنا أقل لو علم بها "(2).

بينما نص الفصل 647 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على أنه : "يضمن البائع للمشتري سلامة المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو تصيره غير صالح لإستعماله

(1) - **Baudry Lacontinnerie et Léo Saignat** : Traité Théorique et Pratique de Droit Civil , de la Vente et de L'échange , 3emme , Edition , Librairie de la Société du Recueil . JB Sirey et du Journal du Palais Paris 1908 , P 423 , N° 416 .

(2) - **ARTICLE 1641 C. CIVIL. F** : « Le Vendeur est Tenu de la Garantie à Raison des Défauts Cachés de la Chose Vendue Qui la Rendent Impropre à L'usage Auquel on la Distine , OU Qui Déminuent Tellement cet Usage , Que L'achéteur ne L'aurait Pas Acquise, Ou N'en Aurait Donné Qu'Un Moindre , Prix, S'il Les Avait Connus ».

فيما أعد له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد والعيوب التي لاتنقص من قيمته أو الإنتفاع به إلا مالابال له لاضمان فيها على البائع، وكذلك العيوب المغتفرة بحسب العرف والعادة ".

أما المشرع اليمني فيكاد ينفرد بتحديده صراحة شروط العيب الموجب للضمان، حيث نص في المادة 243 قانون مدني يمني على أنه : " يشترط في العيب المسوغ في الرد ما يأتي :

1 - أن يكون العيب قديما بأن يكون موجودا في المعقود عليه سابقا على العقد.

2 - أن يكون العيب خافيا بأن يكون العاقد قد كتمه عن المتعاقد معه أو أن يكون ما لايظهر عند الفحص.

3 - أن يكون العيب ما يفوت غرض العاقد من المعقود عليه أو ينقص قيمته".

ونحن سنأخذ بالرأي القائل بأن شروط العيب الخفي هي أربعة : وهي شرط الجسامة وشرط القدم وشرط الخفاء وشرط عدم علم المشتري بالعيب، وذلك عملا بالنصوص القانونية السابقة ووفقا لما قضى به القضاء المصري[1].

المبحث الأول
شرط جسامة العيب

(1) - محكمة القاهرة الإبتدائية بتاريخ 1968/05/16 (المحاماة) العدد الأول، السنة 49، ص 147 - 148، رقم 75 من مجلد 1969، وقد جاء فيه : " ... وحيث أنه عن الموضوع فإنه ولما كان الواضح من نصوص القانون المدني وعلى الأخص المادتين 447 - 450 أن المشرع وضع حدودا معينة لإلتزام البائع بضمان العيوب التي قد تظهر في المبيع وأبرز ذلك أن يكون العيب مؤثرا وقديما قبل التسليم وخفيا وغير معلوم من المشتري ... ".

ليس كل عيب في مجال العقد يمنح المتعاقد حق طلب الفسخ بمقتضى ضمان العيب الخفي ، وليس كل عيب ينشيء الضمان ، بل لابد ان يكون العيب جسيما حتى لا تفسخ العقود لمجرد عيوب تافهة ، لان ذلك سيؤدي لا محالة الى عدم استقرار المعاملات .

ومن جهة أخرى هل شرط الجسامة مطلوب في تخلف الصفة في المبيع ؟ أم أن هذا الشرط واجب في العيب بمعنى الآفة الطارئة فقط ؟ وما هو المعيار الواجب إعتماده لتقدير جسامة العيب ؟ هل هو المعيار الموضوعي أم المعيار الشخصي ؟

وعليه سنتناول شرط الجسامة في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية وذلك في مطلبين على التوالي :

المطلب الأول
شرط الجسامة في القانون الوضعي

يتضح من نص المادة 379 قانون مدني جزائري والنصوص المقابلة لها أن وجود عيب في محل العقد لايكون له أي اثر قانوني إلا إذا أثر هذا العيب بشكل محسوس على صلاحية الشئ للغرض المعد له، وبعبارة أخرى إلا إذا بلغ هذا العيب حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشتري لما أقدم على إبرام العقد .

وشرط الجسامة يشترك مع ضمان العيب ذاته في أساس وجوده، فهو ضروري لإستقرار المعاملات، وذلك حتى لايفسخ العقد بسبب عيوب تافهة ليست لها أي تأثير على المنافع الإقتصادية للشئ[1] .

---

(1) - **VERGNES** : De la Garantie dans les Contrats à Titre Onéreux , These , Paris , 1935 ,

فالمشتري في عقد البيع لايجوز له المطالبة بفسخ العقد أو الرد بسبب العيب إلا إذا كان هذا العيب ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المرجوة منه أو الإستعمال الموجه له الشئ، والمستأجر في عقد الإيجار لايملك كذلك المطالبة بفسخ عقد الإيجار إلا إذا كان العيب الموجود بالعين المؤجرة على قدر من الجسامة بحيث يمنع المستأجر من الإنتفاع من العين المؤجرة. وفي هذا المعنى تنص المادة 488 مدني جزائري على أنه : " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الإنتفاع بها أو تنقص من هذا الإنتفاع نقصا محسوسا ولكن لايضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها، ويكون مسؤولا عن عدم وجود الصفات التي تعهد بها صراحة، أو خلوها من صفات ضرورية للإنتفاع بها. كل هذا مالم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك.

غير أن المؤجر لايضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد ".

ويجب التنبيه هنا الى أن هناك فرقا بين النقص في القيمة والنقص في المنفعة، فالعيب قد ينقص من قيمة الشئ دون أن ينقص من منفعته . ومثال ذلك أن يقوم شخص بشراء سيارة صالحة للإستعمال المعدة له ولكن بها عيب خفي بالمقاعد دون أن يؤثر هذا العيب على سيرها . ففي هذه الحالة نلاحظ أن العيب ينقص من قيمة السيارة ولكنه لايؤثر على الإنتفاع بها.

بينما اعتبر أن تسرب الزيت من محرك السيارة المباعة يعتبر عيبا جسيما يترتب عنه تلف محرك السيارة وتقليل الإنتفاع بها.

وعلى العكس من ذلك فقد ينقص العيب من نفع الشئ دون أن

P 43.

يكون له تأثير على قيمته، ومثال ذلك أن يشتري شخص آلة فيجد بها عيبا يجعلها غير صالحة لبعض المنافع دون أن يؤدي ذلك العيب إلى نقص من قيمتها[1].

والنقص في القيمة يتحدد عن طريق قيمة المبيع في السوق، أما النقص في المنفعة فيتحدد عن طريق الإستعمال الذي يقصده المشتري من المبيع أو الغرض المعد له الشئ بحسب طبيعته، والمعيار في تحديد ذلك في الحالتين هو معيار موضوعي .

وبناء على ما تقدم سنبين مدى الصلة بين العيب والإستعمال المعد له الشئ وذلك عن طريق بيان الوجه المجرد أو الوظيفي للعيب، وكذلك بيان الصلة بين العيب والقيمة مع تحديد الإستعمال الموجه له المبيع، وأخيرا ضمان وجود صفات معينة في المبيع وصلته بشرط الجسامة .

أولا : الوجه المجرد أو الوظيفي للعيب الخفي

للعيب مفهومان أحدهما ضيق والآخر واسع، فالمفهوم الضيق للعيب مفاده عدم الخلط بين العيب وعدم صلاحية المبيع للإستعمال المعد له الشئ، فهما شيئان مستقلان تماما.

وحسب هذا المفهوم كل نقص أو فساد يعتبر عيبا بصرف النظر عن مدى تأثيره على الإستعمال المعد له الشئ ، وذلك كالتمييز بين ركني الخطأ والضرر في مجال المسؤولية المدنية، إذ قد يوجد العيب في البضاعة دون أن يكون له أي تأثير على صلاحية المبيع، كما هو الحال في مجال المسؤولية إذ قد يوجد الضرر دون الخطأ، وهكذا بالنسبة للعيب وعدم الصلاحية، وهذا ما

---

(1) - **د. أسعد دياب** : المرجع السابق ، ص 55 . **د. عبدالرزاق السنهوري** : ج4 ، المرجع السابــق، ص 718 ، رقم 365 .

يسمى بالمفهوم التصوري أو المجرد للعيب الخفي (Conception Conceptuelle).

أما المفهوم الواسع للعيب فمعناه أن العيب وعدم صلاحية الشئ للإستعمال المعد له هما أمران مندمجان لايمكن الفصل بينهما، وبعبارة أخرى أن العيب حسب هذا المفهوم هو الآفة التي تعوق الإستعمال المعد له الشئ. ويوصف العيب في هذه الحالة بأنه فكرة وظيفية(1) Conception Fonctionnelle .

ويلاحظ أنه لافرق بين الرأيين السابقين عند تطبيق قواعد الضمان من الناحية العملية ، فمثلا إذا وجد تسوس في الأخشاب فوفقا للرأي الأول لايعتبر ذلك عيبا موجبا للضمان إلا إذا كان هذا العيب يؤثر على الإستعمال المعد له الشئ، وهذا ما جعل القضاء الفرنسي يركز في أحكامه على النتيجة ، أي جسامة العيب ، فالفكرة المهيمنة على هذا الموضوع هي مدى صلاحية الشئ للغرض المعد له(2).

لكن التسوس في ذاته يبقى عيبا حتى ولو كانت هذه الأخشاب معدة للتدفئة وليس لصنع الأثاث. ففي الفرض الذي تكون فيه الأخشاب معدة للتدفئة أي لإستعمالها وقودا لايقوم الضمان، لا لأن التسوس لايعد عيبا ، بل لأن شرط الجسامة غير متوافر.

كما أن الرأي القائل بمماثلة العيب بركن الخطأ في المسؤولية هو محل نقد، فهذه المقابلة غير صحيحة ولا تستند لأي أساس قانوني، لأن العيب يوجد في الشئ لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد، ولذلك لايعقل نسبة الخطأ إليه، ولايصح القول بأن العيب

---

1 **R ZERAH** : La Garantie des Vices Cachés dans la Vente Commerciale de Marchandise , these- Paris 1951 , P 345 et S.

(2)- نفض مدني فرنسي 31 يناير 1966، الأسبوع القانوني 1966- أجتهاد ، 14659 .

في ذاته يعتبر خطأ. لأن الخطأ هو سلوك أو تصرف مخالف للقانون منسوب إلى شخص معين.

ويبدو لنا من إستقراء النصوص القانونية السابقة ولاسيما نصوص القانون المدني الجزائري أن المشرع قد أخذ فيها بالمفهوم الوظيفي للعيب، حيث ربط بين العيب وتأثيره على الإستعمال المعد له الشئ، وهذا هو رأي الفقه عموما[1]. وعليه فإن العيب الذي يؤدي إلى نقص طفيف في إستعمال المبيع وكذلك الذي لايؤثر إلا على مزاج المشتري لايعتد به[2]. وخير مثال على ذلك هو مثال تسوس الأخشاب الذي أشرنا إليه آنفا.

فالفكرة المسيطرة على هذا الإتجاه هو أن إستلام البضاعة من قبل المشتري لايشكل هدفا في حد ذاته ، وبعبارة أخرى فإن المشتري لايهدف فقط إلى حيازة الشي المبيع بل يريد أيضا ـ وهذا هو المهم بالنسبة إليه ـ الإنتفاع بهذا الشئ، فالعيب يكتسب صفته كعيب من تبعيته وارتباطه بالإستعمال الموجه له الشئ وتأثيره عليه، ولذلك يسمى بالعيب الوظيفي.

ثانيا : النقص المحسوس في القيمة

وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 379 ق م ج السالفة الذكر بقولها : " إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او الإنفتاع به ... " وهذا على خلاف المادة 1641 مدني فرنسي التي نصت على النقص في الإستعمال دون ذكر النقص في القيمة أو المنفعة.

---

(1)- **DANIEL HUET WEILLER** : jurisclasseur civil ,artcles 1641 a 1648,vente,fasc B P28.
« il Ne Suffit Pas Que la Chose Ne Présente pas Toutes les Qualities Que L'acquereur Avait Envisagé Si En Fait L'absence de Certaines de Ces Qualiteés Restent Sans Influence Sur L'utilité Economique et Objective de Cette Chose ».

(2) - **BAUDRY et SAIGNAT** : OP CIT , P 424 , N° 417 .
« Une Diminution Légére ne Suffit Pas , Encore Moins La Perte D'un agrement ».

والنقص في القيمة يقصد به النقص الذي يصيب المبيع بسبب العيب وليس النقص الذي يحدث نتيجة تقلبات الأسعار.

كما يجب التنبيه إلى عدم الخلط بين النقص في القيمة والنقص في الكمية، فإذا كان العيب ناتجا عن نقص في الكمية ولاسيما في الأشياء التي تباع بالوزن أو الكيل، فلايجوز للمشتري الرجوع بضمان العيوب الخفية ، وإن كان يجوز له الرجوع على البائع بدعوى عدم تنفيذ شروط العقد[1].

ثالثا : النقص في الإستعمال المعد له الشئ

يتضح من نص المادة 379 م ج والنصوص المقابلة لها في القانون المقارن أن العيب إما أن يجعل المبيع غير صالح تماما للإستعمال المعدله، وإما أن يقتصر تأثير العيب في المبيع على النقص في الإنتفاع به نقصا محسوسا.

وواضح أن الحالة الاولى لاتثير أية صعوبة بسبب سهولة تقديرها[2]. ولذلك سنقتصر في بحثنا لهذا الموضوع على الحالة الثانية ، أي حالة ما إذا كان العيب يؤثر على الإستعمال المخصص له الشئ المبيع أو العين المؤجرة دون أن يعدم هذا الإستعمال نهائيا .

ولتحديد الإستعمال المعدل له الشئ وضع المشرع عدة معايير وهو الإرادة المشتركة للمتعاقدين أو طبيعة الشئ أو الغرض الذي

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : Traite pratique de droit civil francais ; T X , 2eme Edition ;Contrats civiles ;1ere partie Vente ;par joseph Meurel ; L.G.D.J ; Paris 1956 , P 142 , N° 129.
«Si le Déffaut Consistait Seulement en Un Défaut de Quantité dans les Choses Qui se Pesent ou se Mesurent , L'acheteur Pouvait Peut etre Intenter Une Action en Résolution Pour Ennexecution des Conditions , il N'aurait pat le droit D'invoquer la Garantie des Vices Rédhibitoires ».

(2) - **DANIEL HUET WEILLER** : OP CIT , P 33 .

أعد له.

وعليه إذا كان المشتري يقصد من الإقدام على شراء المبيع إستعماله إستعمالا خاصا وجب عليه أن يعلم البائع بهذا الإستعمال، وبعبارة أخرى يجب أن تكون رغبات المشتري مشروعة ومعروفة من البائع(1)، وقد عارض البعض هذه الفكرة بقوله : أن الضمان يقوم سواء كان البائع عالما بالإستعمال الخاص الذي يقصده المشتري أم لا(2).

ولكننا نعتقد مع الرأي الأول أن علم البائع بالإستعمال الخاص الذي يقصده المشتري من الشئ المبيع هو أمر ضروري وذلك حتى لايصبح البائع تحت رحمة رغبات المشتري وخاصة إذا كانت هذه الرغبات تتنافى وطبيعة الشئ، فمثلا إذا كان الشئ المبيع هو دار معدة للسكن لايمكن إستعمالها كمدرسة ، وهكذا.

وقد يكون الإستعمال الذي يقصده المشتري مطابقا للإستعمال العادي أو الطبيعي للشئ، فلا شك أن البائع يكون عالما بهذا الإستعمال، أو على الأقل يفترض فيه العلم بهذا الإستعمال(3).

لكن قد يحدث أن يكون هذا الإستعمال خاصا، أي ليس مطابقا للإستعمال العادي أو الطبيعي للشئ، ففي هذه الحالة يمكن للبائع أن يثبت أنه لم يكن عالما بهذا الإستعمال، ومن ثم لايكون ملزما بضمان العيوب ، إلا إذا اتخذ الحيطة وقام بإخبار البائع صراحة

---

(1) - **BAUDRY et SAIGNAT** : OP CIT , P 424 , N° 416 .

« Elisabeth Cottin : La Définition du Vice Caché dans la Vente Etude de Droit Compare , Thése pour le Doctorat , Paris , 1939 , P 73 ».

(2) - **DANIEL HUET WEILLER** : OP CIT , P 30 .

« L'ignorance du Vendeur , Quand a L'usage envisagé par L'acheteur ne Suprime Pas la Garantie , a Condition Cependant Que Cette Destination Particuliere ne Soit Pas Contraire a la Nature de la Choes ».

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T X , OP CIT , P 143 , N° 129 .

بهذا الإستعمال الخاص، فمثلا الشخص الذي يشتري ساعة مكتب قاصدا إستعمالها في توقيت المباريات الرياضية لايحق له التمسك بضمان العيوب الخفية إذا لم يصرح وقت البيع بهذا الإستعمال وهكذا.

واستخلاص الهدف من إستعمال المبيع وكذلك علم البائع بهذا الهدف هما من وسائل الواقع يخضع تقديرها للسلطة المطلقة لقضاة الموضوع .

ويمكن إستخلاص الغاية من إستعمال المبيع إما صراحة أو ضمنا . أي من الظروف التي رافقت قيام العقد : ومثال ذلك أن يكون المشتري قصابا يعرفه البائع فالمفروض أن شرائه البقر يكون من أجل ذبحها وبيع لحمها وليس من أجل إستعمالها في حراثة الأرض .

رابعا : النقص في الإنتفاع

وقد نصت على هذه الحالة المادة 379 ق م ج السالفة الذكر بقولهـا : " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم أو إذا كان العيب ينقص من قيمته أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ... ".

بينما الفصل 647 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية نص على " ضمان العيوب التي تنقص من قيمة المبيع نقصا محسوسا أو تصيره غير صالح لإستعماله والعيوب التي تنقص من قيمته أو الإنتفاع به إلا مالا بال له لاضمان فيها ".

ويتضح من هذين النصين والنصوص المقابلة لها في القانون

المقارن[1] أن المشرعين التونسي واللبناني والمغربي كانوا أكثر دقة في تحديد النقص الذي يستوجب الضمان وهو النقص المحسوس وعدم إعمال الضمان إذا كان هذا النقص لا تأثير له أو حسب تعبير المشرع التونسي " مالابال له ".

ويستخلص معيار النقص في القيمة أو المنفعة حسب النصوص السابقة من ضوابط ثلاثة :

الضابط الأول : وهو نقص القيمة أو المنفعة بحسب الغاية المقصودة من المبيع مستفادة مما هو مبين في العقد، فمثلا إذا كان المبيع غلالا ونص في العقد على أن المشتري يشتريها بقصد زراعتها وليس لإستهلاكها ، فإن درجة معينة من القدم تؤثر على قدرتها على الإنبات، الأمر الذي يجعل المبيع معيبا ، وذلك عكس ما لو سكت المتعاقدان عن بيان الغرض من الشراء.

الضابط الثاني : هو نقص القيمة او المنفعة بحسب ما هو ظاهر من طبيعة الشئ، فدرجة معينة من القدم تجعل المواد الطبية (الأدوية) معيبة، بينما في المواد الغذائية قد لايؤثر ذلك على المبيع . ونسبة قليلة من الأتربة تعيب الدقيق المطحون لكنها لاتعيب القمح.

الضابط الثالث : وهو نقص القيمة أو المنفعة بحسب الغرض الذي أعد له الشئ، فرطوبة الأرض تعتبر عيبا إذا كانت معدة للبناء على خلاف ما إذا كانت معدة للزراعة .

والسؤال المطروح هو هل أن العيوب التي تصيب الشئ بصفة عرضية ويمكن إصلاحها يشملها ضمان العيوب الخفية أم لا ؟.

قد يفهم من إشتراط المشرع الجسامة في العيب إضافة شرط

---

(1) - 1641 مدني فرنسي . 447 مدني مصري .

آخر وهو الا يكون العيب قابلا للإصلاح، فإذا كان قابلا للإصلاح فلا يدخل ضن نطاق ضمان العيوب الخفية.

الحقيقة أن هذا الشرط الثاني هو تزيد لم يقره أحد من الفقهاء حسب علمنا، وعليه فالجواب على التساؤل هو بالنفي إذا كان النقص في الإستعمال ليس جسيما ولم يكن ليمنع المشتري من التعاقد، إذ يمكن لهذا الأخير أن يقتصر على المطالبة بالتعويض أو بإصلاح العيب، بشرط طبعا ألا يؤدي هذا الإصلاح إلى إصابة المتعاقد بضرر كبير وأن يجعل الشئ قابلا للإستعمال المعدله ولاينقص من قيمته. وهذا ماقضت به محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لبيع شقة Appartement بعمارة ظهرت بها بعض العيوب غير عادية مما ترتب عليه تصدع وتشقق في البناية، حيث أمرت بتنفيذ أشغال لتدعيم الحائط Travaux de Consolidation وأجلت البث في طلب تخفيض الثمن المقدم من المدعين إلى ما بعد هذه الأشغال(1).

ولكن هناك عيوب يترتب على وجودها الضمان حتى ولو كانت قابلة للإصلاح، وذلك إذا كانت تتطلب إصلاحا أو أشغالا هامة وتحرم المشتري لمدة طويلة من إستعمال المبيع(2).

---

(1) - Cass. Civil. 31/01/1966. J.C.P 1966 6 11 6 14659 .

« ; Mais Attendu Que Si aux Termes de L'article 1641. C.Civil La Garantie du Vendeur est due dans L'hypothése envisageé Par le Moyen , elle est due également Lorsque les défauts Caches de La Chose Vendue Diminuent Tellement Son Usage Que L'acheteur ne L'aurait pas Acquise ou N'en aurait Donné Qu'Un Moindre Prix S'il les Aurait Connus , Que les époux Gravraux N'ayant Sollicité Qu'Une Réduction du Prix ; la Cour D'appel à Souverainement estimée Que L importance des Vices Invoqués Ne Pouvaient - étre Apprécier Qu'apres L'exécution des Travaux Ordonnés dans L'instance Connexe ... ».

وانظر في الفقه :

G LEVY : Recherche Sur Quelques Aspects de la Garantie des Vices Cachés Dans La Vente Des Véhicules Neufs et D'occasions , R.T.D.C. 1970 , P 3 et S.

(2) - Cour D'appel de Paris 31/03/1955 Dalloz 1955 - 435 .

DANIEL HUET WEILLER : OP CIT , P 36.

« Le Défaut Quoique Réparable Constituerait Quand Méme des Vices Cachés S'il Devait Necéssiter des Réparations Importantes et Priver L'acquereur , Pendant Un Délai Assez Long de L'usage du Bien Acquis».

أما بالنسبة للأشياء المستعملة فالفقه والقضاء متفقان على شرط جسامة العيب لأن من يشتري هذا النوع من السلع عليه أن يتوقع أي خلل فيها . وعليه فإن الضمان لايقوم إذا كان إصلاح هذا الخلل غير مرهق بالنسبة للمشتري[1].

والمعيار بين العيب المؤثر وغير المؤثر هو أن الثاني يترتب عنه مجرد ضياع متعة، والفقه والقضاء متفقان على عدم تطبيق الضمان على هذا العيب لأنه لو أعترف للمشتري بفسخ العقد بسبب عيب تافه لأدى ذلك إلى الإخلال بالتوازن العقدي وباستقرار المعاملات .

وينطبق هذا الكلام عن العيوب المتسامح فيها عرفا ، فلا يلزم البائع بضمانها، وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 448 ق م التي جاء فيها : "... لايضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه ". وهذا مافعله المشرع التونسي في الفصل 647 والمغربي في الفصل 549 والمادة 442 موجبات وعقود لبناني المذكورة آنفا.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على العيوب المتسامح فيها عرفا إلا أننا نعتقد بأنه يمكن تبرير موقف القانون الجزائري بالقول أن هذه الحالة هي مفهومة ضمنا. أو من مفهوم لمخالفة للمادة 379 ق م ج، لأن العيوب المتسامح فيها عرفا لاتعتبر عيوبا بالمعنى القانوني الدقيق، وبالتالي لايشملها الضمان لكونها أصبحت عند عامة الناس شيئا عاديا وأنها لاتنقص من قيمة المبيع في نظرهم، فوجودها أو عدمه سواء بسواء.

مع الإشارة الىأن المشرع الجزائري وإن لم ينص صراحة على العيوب المتسامح فيها عرفا في أحكام ضمان العيوب الخفية

---

(1) - إستئناف باريس 1963/11/06 دالوز 1964 ، ص 253 .

في عقد البيع إلا أنه فعل ذلك في عقد الإيجار فنص في المادة 488 ق م على أنه " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين الموجرة من عيوب تحول دون الإنتفاع بها أو تنقص من هذا الإنتفاع نقصا محسوسا ولكن لايضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها ويكون مسؤولا عن عدم وجود الصفات التي تعهد بها صراحة أو خلوها من صفات ضرورية للإنتفاع بها، كل هذا مالم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك.

غير أن المؤجر لايضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها هذا الأخير وقت التعاقد ".

ثم أنه حتى بالنسبة للقوانين التي نصت صراحة على عدم ضمان العيوب المتسامح فيها عرفا تبقى عرضة للإنتقاد لأنه قد تعرض حالات على القاضي لايوجد فيها عرف، فماذا يكون الحل ؟.

لقد تنبه لذلك المشرعين التونسي والمغربي واللبناني فنصوا صراحة على عدم تطبيق ضمان العيوب الخفية على العيوب التي لاتنقص من قيمة المبيع أو نفعه سوى نقصا طفيفا بجانب العيوب المتسامح فيها عرفا[1].

أما إذا كان هناك خلاف بين عرف محلي وعرف عام، فالعرف المحلي هو الذي يطبق ، وقد نص على ذلك صراحة الفصل 648 تونسي بقوله : " إذا كان المبيع مما لايمكن الإطلاع على حقيقة حاله إلا بتغيير في ذاته كالثمار في قشرتها فإن البائع لايضمن العيب الخفي إلا إذا إلتزم بذلك في العقد أو كان ضمانه واجبا بمقتضى عرف المحل ". (الفصل 550 مغربي مطابق) .

---

(1) - الفصل 647 تونسي ، 549 مغربي ، 442 لبناني .

خامسا : تخلف الصفة

ألزم المشرع البائع بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع الصفات التي كفلها للمشتري وقت التسليم(1)، أما المشرع الفرنسي فلم ينص على ضمان البائع لتخلف الصفة رغم أن القانون الروماني نص على تخلف الصفة وهو كما نعلم المصدر التاريخي للقانون الفرنسي .

وقد نتج عن عدم نص المشرع الفرنسي على تخلف الصفة في المبيع خلافا على مستوى الفقه، فقال البعض بأن تخلف الصفة يدخل في نطاق الغلط وليس في نطاق العيب، بينما قال البعض الآخر بأن عدم وجود الصفة يعتبر إخلالا بتنفيذ شروط العقد وليس ضمانا(2).

وأيا ما كان الأمر فإن تخلف الصفة هو صورة خاصة للعيب بمعنى الآفة الطارئة، ومن هنا فإن شرط الجسامة غير مطلوب في مجال فوات الوصف فبمجرد تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها وقت التسليم يتحقق الضمان، فلا يهم أن تكون هذه الصفة مؤثرة أم غير مؤثرة كما هو الحال في العيب ، بمعنى الآفة ، إذ أن الإتفاق عليها في العقد يدل في حد ذاته على أهميتها في نظر المتعاقد. ويستوي أن يكون العقد بيعا أو إيجارا.

وقبل أن ننتقل إلى الشريعة الإسلامية الغراء نشيرالى أن المشــرع الجزائري أعطى أهمية خاصة لضمان العيوب الخفية في

---

(1) - المادة 379 مدني جزائري والنصوص المقابلة لها في القانون المقارن التي سبقت الإشارة إليهما .

(2) - **E. COTTIN** : La Difinition du vice cache dans la vente ;Etude de droit compare,These pour le doctorat , Paris 1939 , P 93 .

عقد الإيجا، فنص في المادة 488 م ج على إلزام المؤجر بضمان العيوب الموجودة بالعين المؤجرة والتي تجعل الإنتفاع منعدما أو تنقص هذا الإنتفاع نقصا محسوسا، كما ألزم المؤجر بضمان الصفات التي تعهد بوجودها صراحة في العين المؤجرة ، ولكن لايضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص .

وهكذا يمكن أن نستنتج من هذا النص أن المشرع أخذ بنفس الأحكام التي سبق بيانها في عقد البيع، سواء فيما تعلق بالعيب بمعنى الآفة أوتخلف الصفة، وأضاف على هذه الأحكام تفصيلا بخصوص العيوب المتسامح فيها عرفا التي سكت عنها في عقد البيع، فأعفى البائع من الإلتزام بضمانها بنص صريح .

هذا هو موقف القانون فما هو موقف الشريعة الاسلامية من شرط جسامة العيب ؟.

المطلب الثاني
شرط الجسامة في الشريعة الإسلامية

مجمل القول في الشريعة الإسلامية أنه لايعتد بالعيب إلا إذا كان مؤثرا في المبيع، أي بلغ قدرا من الجسامة بحيث ينقص من قيمة الشئ المبيع أو من عينه أو من نفعه نقصا محسوسا يفوت به غرض صحيح .

فالعيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو عبارة عن " نقيصة " تصيب أو تلحق المبيع فتؤثر في قيمته أو في منفعته. ولذلك لايستغرب متصفح كتب الفقه الإسلامي أن يجد الفقهاء يسمون

خيار العيب الخفي " بخيار النقيصة "[1] لأن العيب إما أن ينقص القيمة أو العين أو المنفعة.

أولا : النقص في القيمة

يعتبر معيار النقص في القيمة أهم الضوابط التي إعتمدها فقهاء الشريعة الإسلامية لإعمال ضمان العيب الخفي. فقد حظي هذا الضابط باهتمام واضح من طرفهم، فقد أشار إليه صراحة فقهاء المذهب الحنفي ، حيث جاء في فتح القدير " أن من أوجب نقصان الثمن ... في عادة التجار فهو عيب "[2].

ويقصد بالثمن في هذا التعريف القيمة، بدليل ماجاء في الهداية من أن : "كل من أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب، لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة "[3].

كما أشار المالكية أيضا إلى ضابط القيمة، فقد جاء في مواهب الجليل للحطاب من المالكية أن : " خيار النقيصة (أي ضمان العيب) هو ما كان سببه وجود نقص عرفي جرت العادة بالسلامة منه ... مما يؤثر في نقص الثمن أو المبيع أو في التصرف "[4].

وجاء في مغنى المحتاج للشربيني الخطيب من الشافعية أن العيب الموجب للضمان هو : " العيب الذي ينقص القيمة نقصا

---

(1) - وهم المالكية والشافعية ، أنظر : **الحطاب** ، مواهب الجليل ،ج 4 ، المرجع السابق ، ص : 429 . **النووي** روضة الطالبين ، ج 3 ، ، ص: 458 مشار اليه في رسالة عبد الله العلفي، المرجع السابق ص498

- **الدرديري** : الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ، ج3، ص 108 . مشار اليه في رسالة عبد الله عبد الله العلفي ، المرجع السابق ، ص 498

(2) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، ج5، المرجع السابق ، ص 153 .

(3) - **المرغيناني برهان الدين** : الهداية مع فتح القدير . مشار اليه في رسالة عبد الله عبد الله العلفي ، المرجع السابق ، ص 499 .

(4) - **الحطاب** : مواهب الجليل ، ج4 ، المرجع السابق ، ص429.

يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه "[1].

وورد في كشاف القناع للبهوتي من الحنابلة أن ضمان العيب هو : " نقص عين المبيع أو نقص قيمته عادة في عرف التجار "[2]. وهو ما ورد في المحلى لإبن حزم من أن : " العيب الذي يجب به الرد هو ما حط من الثمن الذي إشترى به أو باع به مالا يتغابن الناس بمثله ، لأن هذا هو الغبن ... "[3].

وهذا ما ذهب إليه شيخ الإسلام إبن تيمية في فتاويه في المقال الذي سبقت الإشارة إليه والمتعلق بالرجل الذي إشترى جارية فبانت عاشقة في سيدها فأجاب : نعم هذا عيب ينقص القيمة في العادة نقصا بينا "[4].

بينما جعل فقهاء الزيدية نقص القيمة كشرط من شروط العيب لابد أن يشهد به شاهدان عدلان من أهل الخبرة ، فقد جاء في الغيب المدرار أنه : "والثالث (أي الشرط الثالث من شروط العيب) أن يكون قد شهد عدلان من ذوي خبرة ... على أنه عيب. بل لابد أن يشهدا أنه ينقص القيمة "[5].

فالعيب الموجب للضمان عند جمهور الفقه الإسلامي عامة هو ما ينقص القيمة عند التجار. لأن التضرر عندهم يثبت بنقصان

---

(1) - **الشربيني الخطيب** : معنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 51 . والأمثلة للعيوب المؤثرة في المبيع المشار إليها في الصفة 286 من نفس المرجع .

(2) - **البهوتي** : كشاف القناع على متن الاقناع ، ج3 ، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي الناشر ، مكتبة النصر الحديثة الرياض، ص 315 . (بدون تاريخ)

(3) - **إبن حزم** : المحلى ، المرجع السابق ، مسالة رقم 1576 ، ص 71 .

(4) - **فتاوي إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 371 .

(5) - **أحمد بن يحي المرتضي**: ورقة رقم 35 مشار إليه في رسالة **عبدالله عبدالله محمد العلفي**: المرجع السابق،

ص 499 .

المالية، والمقياس الذي تقاس به مالية الأشياء هو القيمة "[1].

ثانيا : النقص في المنفعة

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد إعتبروا النقص في القيمة أول الضوابط لتطبيق ضمان العيب الخفي إلا أنهم لم يغفلوا الإشارة إلى ضابط آخر وهو النقص في الإنتفاع والنقص في العين، ويستخلص هذا الضابط بوضوح مما جاء في مواهب الجليل للحطاب ومغنى المحتاج للشربيني الخطيب المشار إليهما آنفا.

وقد جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة " أن العيب يمكن أن يحدث في العين المستأجرة بدون أن يكون له تأثير في المنفعة مطلقا، كما إذا إستأجر دارا فسقط منها حائط لاتضر بالسكن ولاتقل الإنتفاع، أو إستأجر جملا ليحمل عليه فذهبت إحدى عينيه، وحكم هذا العيب أنه لايثبت به الخيار للمستأجر لأن العقد في الحقيقية وارد على المنفعة دون العين وهي في هذه الحالة لم تنقص منها شئ "[2].

وقد سئل مالك بن أنس عن الرجل الذي يشتري الدار وبها صدع فقال : "إن كان صدعا يخاف على الدار الهدم منه فأرى هذا عيبا ترد به، وإن كان صدعا لايخاف على الدار منه فلا أرى أن ترد منه لأنه يكون في الحائط صدع فيمكث الحائط وبه ذلك الصدع

(1) - **الإمام محمد أبو زهرة** : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي بيروت 1977، ص 404 .

(2) - **عبدالرحمن الجزيري** : الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث ، الطبعة السابعة، دار إحياء التراث ، بيروت 1980 ، ص 154 .

زمانا كثيرا فلا أرى هذا عيبا ترد الدار منه"[1].

ويفهم مما تقدم أن العيب لايترتب عنه الحق في الرجوع بالضمان إلا إذا كان ينقص المنفعة نقصا محسوسا أي يؤثر على الإنتفاع بالشئ، أما إذا كان النقص أو العيب لايؤثر في المنفعة فلا يثبت الضمان.

وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية المبيعات إلى أصول كالدور ونحوها وإلى عروض كالثياب وإلى حيوانات . " فجعلوا العيب في الأصول إما يسيرا فيغتفر أو كثيرا فيرد وجوبا أو متوسطا فيرجع بالأرش، أما في العروض والحيوان فيرد ذلك الحيوان سواء كان العيب قليلا أو كثيرا. مادام أنه كان غير ظاهر عند التقليب"[2].

وعموما يمكن أن نستخلص مما تقدم أن فقهاء الشريعة الإسلامية لايكتفون في ضمان العيب الخفي بالعيب بمعنى الآفة أي بالمعنى اللغوي للكلمة، بل يجب أن يترتب عن هذه الآفة نقص في قيمة الشئ أو منفعته.

ويرجع في تقدير درجة النقص في القيمة أو المنفعة إلى أهل الخبرة وهم التجار في المسائل المتعلقة بالتجارة.

كما نشير أن الشافعية يوردون شرطين يساعدان على معرفة درجة النقص الذي يعتد به شرعا وهما أن يكون النقص في القيمة أو المنفعة يفوت به عرض صحيح ، والثاني أن يغلب في جنس المبيع عدمه. وهذا ماجاء في روضة الطالبين من أنه : " يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من نقص العين أو القيمة تنقيصا

---

(1) - **مالك بن انس** المدونة الكبرى للإمام مالك: المجلد الرابع، طبعة جديدة، مكتبة المثنى ، بغداد 1970، ص 323.

(2) - **محمد بن حارث الخشني** أصول الفتيا في الفقه على مذهب **الإمام مالك** : تعليق الشيخ محمد المجدوب .د محمد ابو الاجفان .د عثمان بطيخ ، الدار العربية للكتاب ، تونس 1985 ، ص 126 هامش رقم 02 .

يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون في أمثاله عدمه "[1].

أما بخصوص تخلف الصفة في العين محل العقد، فقد نصت عليها المادة 310 من مجلة الأحكام العدلية بقولها :" إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف كان المشتري مخيرا، ويسمى هذا الخيار خيار الوصف. مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيرا ".

ويقول بعض فقهاء الإسلام أن الأصل في إشتراط الأوصاف أن مالم يكن فيه غرر فهو جائز، وما كان فيه غرر فهو غير جائز، فمثلا إذا باع شاة على أنها حامل فإن البيع فاسد ولو أن الوصف مرغوب فيه لأنه إشتراط وصف مجهول"[2].

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية مجمعين عموما على جواز إشتراط الوصف المرغوب فيه وإن قيدوه بشرط ألا يكون فيه غرر فإن إشتراط وصف غير مرغوب فيه إذا تخلف لايثبت الرد، كما لو إشترى بقرة على أنها غير حلوب فظهرت حلوبا.

المبحث الثاني
شـرط قـدم العـيب

نصت بعض القوانين على ان العيب الموجب للضمان يجب ان يكون سابقا في وجوده على العقد او حدث بعد العقد وقبل التسليم . بينما سكتت بعض القوانين عن النص على هذا الشرط ، الامر الدي ادى الى وجود خلاف على مستوى الفقه والقضاء .وايا كان الامر

---

(1) - **النووي** : روضة الطالبين ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 463 .
(2) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، ج5، المرجع السابق ، ص 135 .
ابن حزي ابو القاسم محمد بن احمد ، القوانين الفقهية : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ص 228 . (بدون تاريخ) .

فانه حتى بالنسبة للقوانين التي نصت على شرط وجود العيب الموجب للضمان اختلفت وجهات النظر حول صياغة نصوصها . كما تبقى حالات لا يشملها النص ومنها حالة ما اذا حدثت جرثومة العيب قبل تسليم محل العقد ولكن تطورت بعد حصول التسليم .

كما قد يثور التساؤل عن وقت وجود العيب في البيوع المثلية والمعينة بالذات . وسنتناول شرط قدم العيب في كل من القانون والشريعة وذلك في مطلبين على التوالي .

المطلب الأول
شرط القدم في القانـون الوضعـــي

تقدم أنه يجب لقيام ضمان العيوب الخفية أن يكون العيب مؤثرا في قيمة الشئ أو منفعته، أي في الإستعمال المعد له، إلا أن هذا الشرط لايكفي بمفرده لإعمال الضمان، بل يجب أن يكون هذا العيب قديما أي نشأ وقت البيع أو بعده وقبل التسليم. والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو : ما هو الوقت الذي يجب أن يوجد فيه العيب حتى يكون موجبا للضمان، إن الإجابة عن هذا التساؤل هي التي تمكننا من معرفة ما إذا كان العيب قديما أو حديثا.

وعليه سنتناول موضوع قدم العيب في نقطتين نخصص الأولى لوقت وجود العيب في العقود المختلفة، أما الثانية فنتاول فيها علاقة هذا الشرط بوقت تحمل تبعة الهلاك .

أولا : وقت وجود العيب في العقود المختلفة

إختلفت القوانين في تعيين وقت وجود العيب الموجب للضمان، فبعضها ميز بين المبيع المعين بالنوع فجعل هذا الوقت هو وقت التسليم ، وإن كان المبيع قيميا جعل الوقت هو وقت البيع، ومن هذه القوانين القانون التونسي والمغربي، حيث نص الفصل 650

من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، على أنه : " إن كان المبيع قيميا فإن البائع لايضمن إلا العيوب الموجودة فيه وقت البيع وإن كان مثليا قد بيع بالوصف أو بالكيل أو بالوزن، فإن البائع لايضمن إلا العيوب الموجود فيه وقت التسليم " (الفصل 552 مغربي مطابق تماما). وبعض القوانين سكتت عن النص على شرط قدم العيب ومن ذلك القانون الفرنسي، وهو الأمر الذي جعل الفقه والقضاء الفرنسيين يختلفان حول وقت وجود العيب، وإن كانوا متفقين على ضرورة هذا الشرط، فذهب رأي إلى أنه يجب أن يكون العيب الموجب للضمان سابقا لإنتقال الملكية للمشتري لاسابقا على البيع[1]. بينما قضت بعض المحاكم بأن الوقت الذي يعتد به لوجود العيب الموجب للضمان هو وقت التسليم[2].

أما القانون المدني الجزائري وكذلك المصري والسوري والليبي فقد ربط وقت وجود العيب الموجب للضمان بوقت التسليم، وذلك في المادة 379 ق م السالفة الذكر.

والحقيقة أن صياغة هذه المادة تثير بعض الغموض لكونها أخلطت كما رأينا بين تخلف الصفة والعيب بمعنى الآفة. وهذه المادة مطابقة شبه حرفيا مع المادة 447 مدني مصري، ونظرا للغموض الذي تثيره صياغة هذه المادة كما قلنا فقد نتج عن ذلك وجود إختلاف في الفقه المصري بالنسبة لوقت وجود العيب.

فذهب رأي وهو الرأي السائد الى أن المقصود بقدم العيب هو أن يكون هذا العيب موجودا في المبيع وقت تسليمه للمشتري، واستند أصحاب هذا الرأي على أن المادة 447 ق م مصري قد نصت صراحة على أن البائع يكون ملزما بالضمان إذا لم يتوافر

---

(1) -G. **LEVY** : « Recherche Sur Quelques Aspects de la Garantie des Vices Cachés dans La Vente de Véhicules Neufs et D'occasions , op. cit . P 18 .

(2) - Cour D'appel de Nimes 15/11/1966 Semaine Juridique 1967 - 4 - 99 .

في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل بالبائع وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ... فهذه المادة إعتمدت وقت التسليم كشرط لإلزام البائع بالضمان، وهذا الطرح يتماشى - حسب رأيهم - مع ربط فكرة تبعة الهلاك بالتسليم، فوجود عيب ليس إلا نوع من الهلاك الجزئي ، والقاعدة هي أن تبعة الهلاك تقع على عاتق البائع قبل التسليم[1].

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أن المقصود بقدم العيب هو وجود العيب وقت العقد إن كان المبيع معينا بالذات ووقت الإفراز إن كان معينا بالنوع. والدليل على ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري التي أشارت إلى أنه يشترط في العيب أن يكون " موجودا وقت البيع وهذا ما يعبر عنه بالعيب القديم "[2].

أما ما نصت عليه المادة 447 مدني مصري من أن يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ... فالمقصود بذلك هو تحديد وقت تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وليس تعيين العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو نفعه.

ولكننا نميل إلى الرأي الأول - السائد - الذي يقول بضرورة وجود العيب وقت التسليم وليس وقت العقد وذلك لسببين إثنين :

الأول : أن العيب سواء وجد وقت البيع ولكن عندما يتسلم المشتري المبيع يجد العيب فيكون موجود عندئذ عند التسليم، أو يحدث العيب بعد البيع ويبقى موجودا إلى وقت التسليم ، ففي

---

(1) - **السنهوري** : ج4 ، المرجع السابق، ص 722 ، بند 366 .
- **عبدالمنعم البدراوي** : عقد البيع ، المرجع السابق، ص 508، بند 339 .

(2) - **د.محمد لبيب شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 316 ، بند 192 .
- **منصور مصطفى منصور** : تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، يوليو 1959، ص 577 .

الحالتين يكون موجودا وقت التسليم، فيلتزم البائع بضمانه. فالتسليم وحده إذن دون تاريخ إبرام العقد ودون تاريخ إنتقال الملكية إلى المشتري هو مناط مسؤولية البائع بضمان العيوب الخفية.

الثاني : وهو صياغة المادة 379 مدني جزائري المطابقة تماما للمادة 447 مدني مصري فمنطوق هذه المادة صريح الدلالة في أن البائع يكون ملزما بضمان العيوب إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع وجودها بالمبيع أو إذا كان بالمبيع عيب ... فهذا المعنى واضح بوجود حرف العطف (أو) فالبائع حسب هذا النص ملزم بضمان الصفات التي تعهد بوجودها في المبيع وقت التسليم (أو) إذا كان بالمبيع عيب، أي وقت التسليم أيضا، ولو أراد المشرع التمييز في الحكم بين حالة تخلف الصفة وحالة العيب لنص على ذلك صراحة ووضع حكما خاصا لكل حالة[1].

وقد اكد المشرع الجزائري هذا الرأي في المادة 03 من المرسوم رقم 90 - 266 المؤرخ في 90/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات المتمم لقانون حماية المستهلك حيث جعل بدأ سريان الضمان من تاريخ تسليم المنتوج . حيث نصت على انه:"يجب على المحترف ان يضمن سلامة المنتوج الدي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له و/او من أي خطر ينطوي عليه ويسري مفهوم هذا الضمان لدى تسليم المنتوج ".

ونشير في هذا الصدد الى أن القانون المدني اليمني قد أزال

(1) - **أحمد شوقي عبدالرحمن** : ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ، المطبعة العربية الحديثة 1983 ، ص 27 - 28 ، بند 29 .

هذا الغموض ومن ثم قضى على هذا الخلاف، حيث أوضح بشكل دقيق المقصود بقدم العيب الموجب للضمان وذلك بنصه في المادة 243 ق م ي ، على العيب القديم بقوله : "يكون وجوده في المعقود عليه سابقا على العقد " . ثم أضاف في المادة 244 من نفس القانون على أنه : " يعتبر العيب في حكم القديم إذا حدث بعد العقد وقبل القبض فيما يبقى على ضمان العاقد لحين تسليمه ".

وهكذا يلاحظ أن هذا القانون قد وسع في مفهوم قدم العيب : فكل عيب يصيب المبيع بعد العقد وقبل التسليم يعتبر في حكم العيب القديم. وهذا المفهوم يدعم ما ذهبنا إليه من أن العيب سواء كان موجودا وقت العقد أو بعده وبقي إلى وقت التسليم فيكون موجودا وقت التسليم في الحالتين وبالتالي يلتزم البائع بضمانه.

وقد يثور الخلاف أحيانا فيما يخص التاريخ الذي يعتبر فيه العقد نافذا، ومدى صلة الضرر الذي ينتج أثناء المفاوضات التمهيدية لإبرام العقد بنص المادة 379 ق م ج .

يرى بعض الفقهاء بأن هناك عقدا تمهيديا خلال هذه المرحلة ، وعليه يمكن للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية، وهكذا يتوحد الوضع بين فترة إتمام العقد ووقت إنعقاده[1].

ولكن وكما هو واضح فهذا الرأي لايستند إلى أساس قانوني صحيح، فعقد البيع في الحالة التي نحن بصددها لايزال في مرحلته التمهيدية ولم يبرم بعد، ومن ثم لم يترتب عليه أي التزام بالضمان ، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية تتعلق بشخص دخل لمشاهدة حصان وأخذ يتفاوض مع صاحبه فدهسه

(1) - **JEAN LACOMBE** : La Responsabilite de L'exploitant d'un Magasin à L'egart de Son client , R.T.D.C , 1963 , P 202 et SS . Spécialement , P 156 .

الحصان بسبب عيب فيه ، حيث رفضت المحكمة دعوى الضمان المرفوعة من هذا الشخص، ولو أنه عوض على أساس المسؤولية التقصيرية[1].

وإذا كانت العبرة بوجود العيب هي وقت التسليم ـ كما سبق بيانـه ـ فإن العيب يعتبر قد وجد في هذا الوقت ولو أنه لم يتكامل إلا بعد هذا الوقت، فقد لايظهر العيب إلا بعد تسليم المبيع للمشتري، ولكن نواته أو سببه قد نشأ قبل ذلك، فالضمان يقوم في هذه الحالة[2] ويرجع في تقدير الظروف التي رافقت ظهور أو تطور هذه النواة إلى قضاة الموضوع[3].

ولكن البائع لايضمن العيوب التي يرجع تطورها إلى طبيعة البضاعة ذاتها وليس إلى حالة أو صفة خاصة كان عليه أن يأخذها بعين الإعتبار ، ففي هذه الحالة لانكون أمام عيب خفي، بل أمام مجرد تلف أو فساد طبيعي[4].

وقد تكون جرثومة المرض مثلا موجودة في الحيوان قبل أن يتسلمه المشتري ثم يتطور المرض ، ففي هذه الحالة إذا إستطاع المشتري أن يثبت بأن سبب المرض قد نشأ قبل تسلمه الحيوان جاز له الرجوع على البائع بالضمان.

---

(1) - حكم بتاريخ 02 مارس 1962 ، الأسبوع القانوني - 1962 - 2 - 1266 تعليق Esmein .P.

(2) - **عبدالرزاق السنهوري** : ج4 ،المرجع السابق، ص 723 ، رقم 366 . **زهدي يكن** : المرجع السابق ، ص 254، رقم 111 . **د.شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 264 ، رقم 191 . **بلانيول وربير**: ج 10، المرجع السابق ص 147، رقم 131 . **بودري لاكانتري وسينيا** : المرجع السابق ، ص 430 ، رقم 422 .

(3) - **بلانيول وربير** : ج 10 ، المرجع السابق ،ص 147، رقم 131 .

(4) - **DALLOZ** Nouveau Répertoire 2emme , Edition, T.IV , Anneé 1965, P 1034 .

« Toute Fois le Vendeur ne Garantie Pas les Défauts dans le Développement Tient à la nature Méme des Marchandise et Non à Un état Particulier dont il Aurait eu Tort de ne Pas Tenir Compte , Car il y'a Alors Simple Deterioration Naturelle ».

ولكن تجب الإشارة هنا الىأنه إذا كان تطور العيب يرجع إلى خطأ من المشتري وأنه ما كان ليصل إلى الحد الذي وصل إليه لو أن المشتري بذل في المحافظة عليه عناية الرجل العادي فإن الضمان لايقوم، لأن المشتري كان بإمكانه أن يتخذ الإحتياطات اللازمة للحيلولة دون ظهور العيب أو تطوره[1].

والحكم يكون كذلك أيضا إذا كان سبب العيب راجعا إلى الإستعمال السئ أو غير السليم من قبل المشتري[2].

هذا وقد يكون سبب العيب راجعا إلى البائع والمشتري معا، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي وتبعا للظروف أن يعفى البائع من المسؤولية أو يوزعها بينه وبين المشتري. وقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة 177 من القانون المدني التي نصت على أنه : " يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض أولايحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد إشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه ".

أما في عقد الإيجار فلم ينص المشرع الجزائري على وقت وجود العيب الخفي في العين المؤجرة سالكا بذلك مسلك المشرع الفرنسي والمصري، وقد أدى عدم النص على وقت وجود العيب في هذا العقد أن نشأ خلاف على مستوى الفقه حول هذه النقطة.

فقال البعض أنه ليس من الضروري إشتراط قدم العيب لعدم الحاجة إلى ذلك لأن الضمان في عقد الإيجار يمتد ليشمل حتى

---

(1)- محكمة كونتانس في 11 - 02 - 1925 ، دالوز الأسبوعي 1925 - 360 حيث جاء :
« On Ne Saurait Considérer Comme Vices Cachés Des Défectuostées Qui Ne Sont Que la Conséquence Non de Vices de Construction, Mais de L'absence des Précautions Qui Aurait du Prendre L'acquereur en Faisant edifier le Clalet Sur Une Plage Ou il était Particulierement exposé aux Temperies ».

(2)- تقض تجاري فرنسي في 11 مارس 1970، الأسبوع القانوني 1970 - 11 - 16453 .

العيوب التي تحدث أو تظهر خلال مدة الإيجار، ذلك أن التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الإستفادة من العين المؤجرة هو التزام مستمر طيلة مدة الإيجار [1].

ولكننا نعتقد مع البعض أن شرط القدم هو ضروري أيضا في عقد الإيجار، لأن الإلتزام بضمان العيوب الخفية هو التزام مستقل عن الإلتزام بنقل الملكية وعن الإلتزام بالتسليم وتحمل التبعة[2] . وعليه فإن المؤجر يلتزم بضمان كافة العيوب التي توجد بالعين المؤجرة وقت تسليمها إلى المستأجر، أما العيوب التي تنشأ أو تحدث بالعين بعد تسلم المستأجر العين فالمؤجر يكون مسؤولا عنها. ولكن ليس على أساس الإلتزام بضمان العيوب الخفية بل على أساس الإلتزام بالصيانة المفروضة عليه طبقا للقواعد العامة في عقد الإيجار. وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 479 بقولها : " على المؤجر أن يتعهد بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم، ويجب عليه أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.

وعليه أن يجري بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص أو تبييض وأن يقوم بتنظيف الأبار والمراحيض وتصريف المياه ...".

كما نص في المادة 481 من نفس القانون على انه في حالة ما إذا أصبحت العين المؤجرة في حالة لاتصلح للإنتفاع الذي أعدت من أجله أو نقص هذا الإنتفاع نقصا كبيرا ولم يكن من فعل

---

(1) - **بلانيول وربيير** : ج10 ، المرجع السابق ، ص 740 ، رقم 537 ، **د احمد عبد الرزاق السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، الايجار والعارية ، ج6 ، دار احياء التراث العربي -بيروت ، ص 435. (بدون تاريخ) **منصور مصطفى منصور** : المرجع السابق ، ص 602 .

(2) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 126 ، رقم 83 ، والمراجع المشار إليها في الهامش .

المستأجر يجوز لهذا الأخير إذا لم يقم المؤجر برد العين إلى الحالة التي كانت عليها أن يطلب إما إنقاص الثمن أو فسخ العقد.

فهذه النصوص تؤيد ما ذهبنا إليه لأنه لو كان المشرع يريد جعل التزام المؤجر مستمرا طوال عقد الإيجار لفعل ذلك بالنص عليه صراحة وليس بوضع أحكام او نصوص خاصة بالإلتزام بالصيانة، مما يفهم أن الضمان لاينطبق بعد مضي مدته.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 760 من مجلة الإلتزامات والعقود على أنه : " لايضمن المكري ماتسهل معرفته من العيوب إلا إذا صرح بعدم وجودها، كما لاضمان عليه في الصورة الآتية :

اولا : إذا كان المستأجر يعلم وقت العقد بعيوب الشئ المؤجر أو بخلوه من الوصف المرغوب فيه ... ".

كما ينص الفصل 761 من نفس المجلة على أنه : " ... لكن إذا كان العيب مما يخشى منه على صحة الساكن أو على حياته كان للمكتري أن يطلب الفسخ ولو مع علمه للعيوب وقت العقد أو مع تصريحه بترك القيام بالفسخ ". ويتضح من هذين النصين أن وقت وجود العيب في عقد الإيجار هو وقت العقد، ذلك أن المؤجر غير ملزم حسب الفصل 760بضمان العيوب التي تسهل معرفتها إلا إذا صرح بعدم وجودها، والمنطق يقتضي أن يكون هذا التصريح وقت العقد، ولايعقل أن يصرح المؤجر بعدم وجود العيب بعد مرور مدة طويلة من إبرام العقد.

ثانيا : إثبات قدم العيب

قد يثور نزاع بين المدين بضمان العيوب الخفية (البائع أو المؤجر) والدائن بهذا الضمان (المشتري أو المستأجر) حول

وقت وجود العيب في محل العقد، لذلك يجب بيان من يقع عليه عبء إثبات قدم العيب والوسائل اللازمة لإثبات ذلك.

نشير بادئ ذي بدء الىأن الأصل في محل العقد أو المعقود عليه السلامة من العيوب. وعليه وطبقا للقاعدة المعروفة في الإثبات " البينة على من إدعى " على من يدعي خلاف هذا الأصل تقديم الدليل على إدعائه، فإذا كان العقد عقد بيع وقع على عاتق المشتري عبء إثبات وجود العيب وسببه ، أي وجوده وقت التسليم لأنه يدعي خلاف الأصل(1) .

ولو أن بعض المحاكم قد إعتبرت أن إحتواء عقد البيع على عبارة " في حالة جيدة ومقبولة " ينقل عبء إثبات تاريخ وجود العيب على عاتق البائع. إلا أن هذا الرأي قد تعرض إلى النقد من قبل البعض الذي يرى بأن الدائن بالتزام ولو كان هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة أو غاية يكون ملزما بإثبات عدم تنفيذه من طرف المدين(2).

ويجوز للمشتري إثبات وجود العيب بكافة الوسائل لكونه يثبت واقعة مادية، غير أنه يلاحظ أن الوسيلة الأكثر شيوعا في مثل هذه الحالات هي اللجوء إلى أهل الخبرة لكشف قدم العيب، ولاسيما في بعض السلع كالسيارات والثلاجات والآلات الشغالة وأجهزة التلفزيون، وعموما الألات الإلكترونية والميكانيكية.

---

(1) - **د. أسعد دياب** : ضمان عيوب المبيع الخفية ، المرجع السابق، ص 84 .

(2) -**GERARD, CORNU - R.T.D.C. 1962 , P 123.**

« IL est Portant Certain Que le Créancier d'une Obligation Même de Résultat Doit au moins établir le Fait Brut de la Non éxécution de Celle - ci ».

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 651 على أنه : " إذا حصل ريب في زمن حدوث العيب ، فالقول قول البائع بيمينه "، وبذلك فصل المشرع التونسي في مسألة إثبات العيب عند حدوث شك في زمن حدوثه .

كما تجدر الإشارة الىان البائع عادة ما يلتزم بضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة وخاصة في السيارات والآلات الميكانيكية ، فإذا وجد مثل هذا الشرط أعتبر قرينة بسيطة على أن كل عيب يظهر في المبيع خلال فترة الضمان هذه راجعا إلى عيب قديم ومن ثم يضمنه البائع .

المطلب الثاني
شرط القدم في الشريعة الإسلامية

يمكن القول بشكل عام أن الفقه الإسلامي لم يبتعد كثيرا عما سبــق ذكره في الفقه والقانون الوضعيين، فالعيب القديم عندجمهور الفقه الإسلامي هو ذلك العيب الذي يوجد في المبيع وهو في يد البائع أي قبل قبض المشتري للمبيع.

وقد قنن هذا المبدأ عند فقهاء الأحناف في المادتين 339 و 340 من مجلة الأحكام العدلية، فنصت المادة 339 على أنه : " العيب القديم هو ما يكون موجودا في البيع وهو في يد البائع ". ونصت المادة 340 على أن " العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد ".

وقبل إستعراض رأي جمهور الفقه الإسلامي حول شرط قدم العيب، تجدر الملاحظة مبدئيا أن المادة 340 من مجلة الأحكام العدلية لم تأت بجديد، لأن العيب القديم وفقا للمادة 339 من نفس المجلة هو ما يوجد في المبيع وهو عند البائع ، أي وهو في يد البائع قبل أن يقبض المشتري المبيع، وهذا ما كررته في إعتقادنا المادة 340 من المجلة.

وأيا ما كان الأمر فإن العيب القديم حسب مجلة الأحكام العدلية هو العيب الذي يوجد قبل القبض (التسليم) .ولكن ما هو رأي مذاهب الفقه الإسلامي عموما حول شرط قدم العيب ؟.

إذا كان جمهور الفقه الإسلامي متفق في مجمله على أن العيب القديم هو العيب الذي يوجد قبل إبرام العقد إلا أنهم إختلفوا في حكم العيب الذي يحدث في الفترة ما بين إبرام العقد والتسليم أو القبض على حد تعبيرهم.

فقد ذهب الفقه الحنفي والشافعي والزيدي والإمامية إلى أن العـيب الذي يحدث في محل العقد بعد إبرام العقد وقبل القبض يأخذ حكم العيب القديم ومن ثم فإن البائع يكون مسؤولا عنه، وإذا تحقق فإنه يترتب عليـه ثبوت الضمان للمشتري ،(المادتان 339 و 340 من مجلة الأحكام العدلية المذكورتين آنفا).

وقد ورد " أن العيب القديم هو ما قارن العقد أو حدث قبل القبض، أو حدث بعد القبض واستند إلى سبب قبل القبض لأن المبيع حينئذ من ضمان البائع، ولو حدث العيب بعد القبض فلا يثبت الضمان للمشتري لأنه بالقبض صار من ضمانه "[1].

وورد عند الشافعية أيضا " أن العيب ينقسم إلى ماكان موجودا قبل البيع فيثبت الرد وإلى ما حدث بعده فله حالان، أحدهما الا يستند إلى سبب سابق على القبض فلا رد به، والثاني أن يستند وفيه صور ... "[2].

وورد في مغنى المحتاج أنه " المراد بقدمه (أي العيب) كونه موجودا عند العقد أو حدث قبل القبض "[3].

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ،المرجع السابق، ص 176 .

(2) - **النووي** : روضة الطالبين ، المرجع السابق، ص 464 .

(3) - **الشربيني الخطيب** : معنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 50 .

كما جاء في فتاوى شيخ الإسلام إبن تيمية أنه : " دابة لم يعلم المتبايعان بها عيبا فمكثت عنده مقدار شهر ثم وجد بها عيبا فأجاب : إذا ظهر بها عيب قديم قبل البيع ولم يكن علم بها فله أن يردها بذلك العيب مالم يظهر منه مايدل على الرضا به "[1].

فحسب رأي هذه المذاهب يضمن البائع أنواعا ثلاثة من العيوب من حيث وقت وجودها :

1- عيوب توجد وقت إبرام العقد.
2- عيوب توجد بعد إبرام العقد وقبل القبض .
3- عيوب تظهر بعد القبض لكن تستند إلى سبب قبل القبض .

ومثال هذا النوع الأخير من العيوب فصل فيه الإمام الشيرازي بقوله : " إن حدث العيب بعد القبض نظرت، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث، وإن إستند إلى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ففيه وجهان : أحدهما أن يرد، وهو قول أبي إسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو كان قطع قبل القبض، والثاني أنه لايرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد، كما لو لم يستند إلى سبب قبله "[2].

أما الفقه المالكي والحنبلي والظاهري، فيرى أن العيب الذي يحدث بعد العقد وقبل القبض لايشمله ضمان العيب ، ويكون من ضمان المشتري لا البائع، وحسبهم فإن العيب القديم الذي يضمنه البائع هو العيب الذي يوجد وقت إبرام العقد، لأنه الوقت الذي

---

(1) - مجموع فتاوي **إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 394 .
(2) - **الإمام الشيرازي** : المهذب ، ج1 ، المرجع السابق ،ص 291 . مشار اليه في رسالة عبد الرسول عبد الرضا محمد ، المرجع السابق ، ص : 128

تنتقل فيه الملكية ومن ثم تبعة الهلاك للمشتري[1] بل لقد ذهب الفقه المالكي إلى أبعد من ذلك عندما أعتبر أن العيب الذي يحدث في يد المشتري خلال مدة محددة بعد القبض (قصيرة) يعتبر في حكم العيب الموجود في يد البائع فيحمل البائع عهدته ويضمنه.

فقد جاء في بداية المجتهد " أنفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار وسلفه في ذلك اهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم، ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من بائع، هي عند القائلين بها عهدتان: عهدة الثلاثة أيام، وذلك عن جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري، وعهدة السنة، وهي من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون، فما حدث في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع "[2] .

والمقصود بالعهدة عند المالكية هو أن كل عيب يحدث عند المشتري خلال مدة معينة بعد القبض يفترض أنه كان موجودا في محل العقد وهو في يد البائع ولذلك يتحمل هذا الأخير عهدته فيضمنه. وهذه العهدة تنقسم إلى قسمين عهدة قصيرة ومدتها ثلاثة أيام وتكون عن جميع العيوب التي تطرأ خلالها في يد المشتري باستثناء السلم لأنه يثبت في الذمة، فإذا حدث أي عيب خلال الثلاثة أيام التي تلي القبض أعتبر هذا العيب في حكم العيب القديم يجوز للمشتري رد العين بموجبه بمقتضى ضمان العيب.

وعهدة طويلة وهي عهدة السنة (مدتها سنة) وهذه العهدة مقصورة على الرقيق ، وعلى عيوب ثلاثة فقط محددة على سبيل

(1) -**CHOCRI** , **CARDAHI** : La Vente en Droit Compare Occidental et Oriental , Thése Paris , 1968, P 165.

(2) - **إبن رشد** : بداية المجتهد، طبعة ، ج2 ، المرجع السابق ، ص 190 .

الحصر وهي الجذام والبرص والجنون[1].

هذا وتجدر الإشارة الىأنه يجب أن يستمر وجود العيب إلى وقت الرد فلو ظهر العيب في محل العقد ثم زال نهائيا قبل إستعمال الرد سقط حق المشتري في إستعمال الرد[2].

وقد جاء في فقه الحنابلة أنه : " من إشترى معيبا لم يعلم حال العقد عيبه ثم علم بعيبه فله الخيار سواء علم البائع بعيبه فكتمه عن المشتري أولم يعلم البائع بعيبه أو حدث به ، أي البيع، بعد عقد وقبل قبض فيما ضمانه على البائع كمكيل وموزون ومعدود ومزروع "[3].

كما جاء في المحلى لإبن حزم من نفس المذهب أن " كل بيع صح وتم فهلاك المبيع إثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع ولا رجوع له على البائع "[4].

كما أن فقهاء هذا المذهب يقولون ببقاء حق الرد قائما للمشتري في جميع الحالات، أي حتى في حالة زوال العيب، فقد جاء في المحلى لإبن حزم " لو كان قد إشترى بثمن ثم أطلع على عيب كان يحط من الثمن حين إشتراه إلا أنه قد غلا حتى أصبح لايحط من الثمن الذي أشتراه شيئا أو زال لعيب قبيل أن يعلم به أو بعد أن علم به فله الرد في كل ذلك لأنه حين العقد وقع عليه غبن فله أن لايرضى بالغبن إذا علمه ولايوجب سقوط ماله الخيار "[5].

---

(1) - **إبن رشد** : بداية المجتهد ،ج2، المرجع السابق ، ص 200 .

(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 276 .

(3) - **منصور بن يونس البهوتي** : كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج3 ، المرجع السابق ص 218 .

(4) - المحلى **لإبن حزم** : المرجع السابق ، ص 79 .

(5) - المحلى **لإبن حزم** : المرجع السابق ، مسألة رقم 1577 ، ص 71 .

وقد إستثنى المالكية والحنابلة صراحة المبيع المعين بالنوع وهو ما يكال أو يوزن أو يعد، فلا يضمن البائع هذا النوع من العيوب إذا وجد بها عيب إلا بقبضه. وهكذا يتفق هذان المذهبان مع المذاهب الأخرى في أن العيب القديم في هذه البيوع هو العيب الذي يصيب المبيع في الفترة بين إبرام العقد وقبل التسليم، وذلك على خلاف المبيع المعين بالذات.

وقد أخذ القانون العراقي والأردني واليمني والكويتي بالرأي الأول وهم الأحناف ومن معهم، بينما أخذ كل من القانون التونسي والمغربي بالرأي الثاني وهو رأي المالكية ومن معهم. ويظهر ذلك جليا من الفصل 650 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية الذي ينص على أنه : " إذا كان المبيع قيميا فإن البائع لايضمن إلا العيوب الموجودة فيه وقت البيع، وإن كان مثليا قد بيع بالوصف أو بالكيل أو بالوزن فإن البائع لايضمن إلا العيوب الموجودة فيه وقت التسليم "[1].

المبحث الثالث
شــرط خفــاء العــيب

لا يضمن البائع العيوب الظاهرة او التي كان باستطاعة المشتري تبينها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي. فظهور العيب يفترض ان المتعاقد قد علم به ورضي بالمبيع وما فيه من عيوب ، او ان عدم فحصه المبيع يعتبر تقصيرا من جانبه وبالتالي فهو يتحمل نتيجة تقصيره .ذلك انه اذا لم يكن قادرا على كشف العيب فعليه الاستعانة باهل الخبرة .

وخفاء العيب وظهوره أمران إختصا باهتمام الفقه والقضاء

(1) - الفصل 552 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي مطابقا تماما .

.فمتى يكون العيب خفيا ؟ ومتى يعتبر ظاهرا ؟ مع الاشارة إلى أن شرط الخفاء لا يتصور الا في العيب بمعنى الافة التي تصيب المبيع . اما العيب بمعنى تخلف الصفة فلا يشترط فيه الخفاء ، اذ يلتزم البائع بضمان تخلف الصفة ولو كان العيب ظاهرا .

المطلب الأول
شرط الخفاء في القانون الوضعي

لايكفي أن يكون العيب مؤثرا في المبيع بحيث ينقص من قميته أو من نفعه فيجعله غير صالح للإستعمال المعد له، وأن يكون هذا العيب قديما أي موجودا قبل تسلم المشتري للمبيع، إنما يجب أيضا أن يكون هذا العيب خفيا.

ويعتبر العيب خفيا إذا لم يكن باستطاعة المشتري كشفه بعناية الرجل العادي، وقد نصت على ذلك المادة 379 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري بقولها : " غير أن البائع لايكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان باستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه "[1].

وبالرجوع إلى نص هذه المادة وما يقابلها في القانون المقارن يمكن أن نستخلص أن البائع لايضمن العيوب الظاهرة أو العيوب التي كان باستطاعة المشتري كشفها وقت البيع، لكن السؤال الذي قد يتبادر إلى الذهن هو : ما هو المعيار الذي يجب إعتماده لمعرفة ما إذا كان العيب خفيا أم ظاهرا ؟ هل هو المعيار الموضوعي أو المجرد ؟. Critére Objectif أم هو الميعار الشخصـــي أو الذاتي ؟ Critére

(1) - وتتطابق هذه المادة مع المواد 447 مدني مصري . 415 سوري . 437 ليبي . 652 تونسي . 1641 - 1642 فرنسي مع بعض الإختلاف في الصياغة .

Subjectif .

فالمعيار الأول ينظر إلى العيب الخفي الموجب للضمان من زاوية عامة الناس آخذا بعين الإعتبار رجلا عاديا بغض النظر عن صفات المشتري الخاصة به، أما الثاني فإنه ينظر إلى إنسان معين بذاته فيراعي صفاته وما يملك من معلومات وخبرات فنية تساعده على كشف عيوب المبيع[1] ولكل من المعيارين أنصاره .

فبالنسبة للمعيار الموضوعي يرى أنصار هذا الرأي أن العيب الخفي ليس هو ذلك العيب الذي لايمكن أن يكتشفه الشخص العادي، بل هو ذلك العيب الذي لايستطيع أن يكتشفه الشخص المختص أو الكفء Compétant[2] وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه على الخصوص : " يعتبر العيب في حكم الظاهر متى كان يدركه الفطن اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره، فليس معيار الظهور في العيب معيارا شخصيا يتفاوت بتفاوت المستوى في الأفكار المختلفة، بل معيارا متعينا بذاته مقدرا بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمور "[3].

وبناء على ذلك فإن عدم خبرة المشتري وعدم كفاءته لايبرران إعتبار العيب خفيا بالنسبة إليه إذا كان باستطاعة شخص آخر يقظ إكتشاف هذا العيب.

---

(1) - **NOEL DEJEAN DE LA BATIE** : Appréciation in Abstracto et Appréciation in Concréto en Droit Civil Francais , Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Paris 1965, P . N° 5 .

« l'opposition de L'appréciation in Abstracto et de L'appréciation In Concréto Apparait en Effet, Histoniquement Comme Celle de deux Raisonnements Reposant Respectivement Sur la Considération d'un Type Humain Géneral et Sur Celle d'un individu Singulier ».

(2) - **BAUDRY LACONTINERIE et LEO SAIGNAT** : OP CIT , P 426 , N° 418 .

(3) - نقض مدني مصري باريخ 1947/12/04، المحاماة ، العددان 9 و 10 لسنة 28، ص 1022 . رقم 414 من مجلد 1947 .

فالشخص الذي لايملك المعلومات والخبرات الكافية التي تساعده على الإطلاع على العيب يجب عليه أن يستأنس برأي أهل الخبرة[1].

إلا أن أنصار المعيار الشخصي أو الذاتي يرون بأن الأخذ بالمعيار الموضوعي على إطلاقه يتنافى مع العدالة ، حيث يترتب على هذا الرأي التضحية بفئة كبيرة من المشترين وجعلهم تحت رحمة البائعين[2]، ولذلك يقولون أن مسألة تحديد خفاء العيب أو ظهوره ليست مسألة مطلقة وإنما هي مسألة نسبية ترتبط بشخص المشتري.

إلا أن هذا الرأي لايمكن قبوله هو الآخر على إطلاقه لأنه ببساطة يفرض على القاضي أن يتحرى نفسية المشتري لتحديد خفاء العيب أو ظهوره، وهذا أمر صعب إن لم يكن مستحيلا، بل وقد يجعل البائع تحت رحمة سذاجة المشتري إن لم يكن سوء نيته المغلف بغطاء البراءة[3].

ونعتقد أن المعيار الواجب إعتماده لتحديد خفاء العيب وظهوره هو المعيار الموضوعي. وذلك تماشيا مع صراحة نص المادة 379 م ج، فالنص صريح بوجوب الأخذ بعناية الرجل العادي، وهذا معيار موضوعي لاذاتي، وعليه فلا ينظر عند تحديد خفاء العيب

---

(1) - **د. أنور سلطان** : المرجع السابق ، ص 332 ، رقم 272 ، وانظر أيضا :
- **PLANIOL et RIPERT** : T. X ,OP ,CIT P 130. - **BAUDRY et LEO SAIGNAT** : OP CIT , P 426. N° 418 . « L'inhabilite et L'experience de L'acheteur ne Permettent Pas de Considérer Comme Caché Quand a Lui ,Qu'aurait Appercu une Personne Plus Competente , Celui Qui n'a pas Les Connaissances Nécessaires Pour Apprécier la chos Qu'il veut Acheter Doit Domander le Concour de Gens Capable ».
(2) - **ROBERT ZERAH** : OP CIT , P 369.
(3) - **ROBERT ZERAH** : OP CIT , P 370.

إلى الصفات الشخصية للمشتري Inaptitudes Personnelles .

والقضاء في مجمله يأخذ بالمعيار الموضوعي أيضا، ويظهر ذلك جليا من التعابير التي إستعمها في أحكامه والتي تستند على معايير موضوعية، ومن هذه التعابير عبارة المشتري اليقظ الفطن Un Acheteur Déligent et Attentif [(1)] أو الرجل ذو العناية المتوسطة Un Homme de Déligence Moyenne [(2)] أو الرجل الذي يتمتع بدرجة متوسطة من الخبرة أو الدراية[(3)]، وهذا هو موقف الفقه عموما[(4)].

ويبرر الفقهاء الزام المشتري ببذل درجة معينة من العناية بالقول أنه يمكن لهذا الأخير إذا كان يفتقد لهذه الفطنة أن يلجأ إلى أهل الخبرة للإستعانة بهم في كشف العيب، وإلا أعتبر مقصرا وبالتالي يتحمل مسؤولية تقصيره[(5)].

ولكن إلى جانب المبدأ الذي هو المعيار الموضوعي أو المجرد يجب أن يكيف القاضي هذا المعيار بحيث يراعي عند تقديره خفاء العيب المواهب الشخصية للمشتري Les Aptitudes Personnelles وليس العناصر السلبية له les Inaptitudes . وعليه إذا كان المشتري أخصائيا في ميدان معين يجب أن تؤخذ هذه الصفة بعين الإعتبار[(6)].

---

(1) - نقض مدني فرنسي 1929/01/29 مجلة القصر 1929 - 1 - 561 حيث جاء على الخصوص :

« L'acheteur Ne Peut Se Prévaloire d'un Vice de la Marchandise Qui Etait Apparent et Dont il Aurait Pu se Convaincre Lui même S'il Avait Apporté Plus de Soins Lorsqu'il à Agrée la Marchandise » .

(2) - Tribunal de la Seinne 21/12/1956 , Dalloz 1957 , P 47 .

(3) - Tribunal de Bordau 17/01/1950 Dalloz 1950 , Chroniques , P 29 .

(4) - **د.شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 253، رقم 188. **بودري وسينيا** : المرجع السابــق ، ص 426 ، رقم 418 .

(5) - **د.السنهوري** : ج4 ، ص 725 ، رقم 367 . **د. انور سلطان** : المرجع السابق ، ص 332 ، رقم 272 .
د.شنب وصبحي خليل : المرجع السابق ، ص 253، رقم 188

(6) - **DEJEAN DE LA BATIE** : OP CIT , P 197 , N° 248 .

وهكذا يتضح لنا أن أغلب القضاء والفقه قد أخذ بنفس الأسس التي أخذ بها في مجال المسؤولية التقصيرية، عند قياس الخطأ حيث أخذ بالمعيار الموضوعي ولكنه كيفه مع ما يقتضي ذلك مع المعيار الشخصي .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان المشتري صانعا أو محترفا Fabricant Ou Professionnel لنفس الأشياء التي إشتراها ـ حيث يكون مؤهلا للإطلاع على حالة البضاعة ـ فلا يستطيع الإدعاء بضمان العيوب الخفية في مواجهة البائع، لأن المفروض أن العيب يمكن ملاحظته بسهولة من طرف المحترفين أمثاله، وقرينة العلم هذه لاتطبق إلا على الأشخاص الذين يشترون أشياء تدخل في إختصاصهم، أو نطاق تجارتهم أو مهنتهم، وعليه فإن صاحب المرآب باعتباره رجل مهنة Homme de Métier من المفروض فيه أن يعلم بعيوب الجرار الذي قام بشرائه(1).

ومع ذلك فمن الصعب أحيانا كشف بعض العيوب حتى من قبل المشتري المهني، وتتوفر هذه الحالة إذا كان العيب لايظهر إلا بعد إستعمال المبيع لمدة معينة، كما هو الحال في السيارات التي لايظهر العيب فيها عادة إلا بعد قطعها عدة كيلومترات، وبعض الآلات التي لاتعرف عيوبها إلا بعد تشغيلها مدة من الوقت(2).

لكن تجب الإشارة في هذا المقام الىأن هناك فرقا بين البائع الصانع أوالمهني والمشتري المهني، فالبائع الصانع أو المحترف لايستطيع التخلص من قرينة العلم بالعيب الذي فرضها عليه

« A Ce Principe D'appreciation In Abstracto, IL Faut en Effet Apporter le Correctif , Habituel Les Aptitudes Particulierés Peuvent Par Faitement a la Difference des Inaptitudes , etre prise en Considération ».

(1) - نقض مدني فرنسي ، الفرقة الأولى : 1962/12/18 ، دالوز 1963 ، ص 114 .

(2) - J- **ESCARRA , et J - RAULD** : TraiteTheorique et Pratique de Droit Commercial, op cit , P 147 , N° 276 .

القانون، وهذا مانصت عليه صراحة الفقرة الثانية من الفصل 655 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية بقولها : " ... إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم وجود الوصف الموعود به ولم يشترط البراءة منه والبائع محمول على العلم بذلك إذا كان تاجرا أو صانعا وباع شيئا من متعلقات تجارته أو صناعته ... ".

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكم لها اعتبرت فيه أن البائع المهني يلتزم بضمان العيوب الخفية بصفة مطلقة بغض النظر عن مدى علم المشتري أم لا بهذه العيوب(1) .

أما المشتري المهني فيمكنه إثبات عدم إمكانية كشف العيب ولو من طرف شخص مهني كان في وضعه، فالمسألة هنا لاتتعلق بتحديد هل المعني بالأمـر ـ بغض النظر عن الكفاءة الفنية ـ يجب عليه أن يضمن المادة التي صنعها أو باعها لأنه قد صنعها أو باعها بصفته مهنيا، بل فقط أخذ بعين الإعتبار مهنة المشتري باعتبارها ظرفا من شأنه أن يقيم القرينة على كفاءته المهنية.

وبعبارة أخرى " فإن الأمر لايتعلق بالإستعمال المهني للشئ وإنما بالكفاءة المهنية التي يمكن أن تبينها مهنة المشتري "(2).

---

(1) - Cass Commercial , 17/10/1977 , G. Palais 1978 , P 221 Note A. Plancqueel .
« ... En Court la Cassation L'arret Qui Tout en Retenant a juste Titre Que le Fabricant d'un matériel Commande Etait Tenu de Conmaitre les Vices de la Chose et N'aurait donc Pu séxonerer Contractuellement de Leur Garantie , Nen a Pas Moins decidé Que malgré la Clause Réservant au dit Fabricant le Control de la Fabrication , L'acqnereur devait Vérifier la Parfaite Qualité du Materiel Avant de le mettre Lui même en Vente et Qu'ainsi il devait , Pour Une Port , Supporter les Conséquences de la Défectuosité de Celle ci en se Déterminent Ainsi , Alors que Le Vendeur Piofessionnel est Tenu de la Garantie totale des Vices , La Cour a Violé L'art 1643 du C.Civ » .

(2) - **JACQUES GHESTIN** : Observation Sous Cassation du 07/02/1973 , J.C. P. 1975, 11 - 17918. « Mais Cette Réference Professionnelle N'est Pas du Tout Utilisée dans les Méme Termes Que les Qualifications de fabricant ou de Vendeur Professionnel Qui Détermine

إلا أن هذا الكلام لاينطبق على المشتري المهني إذا باع المبيع مرة ثانية إلى شخص آخر، حيث ينقلب الوضع بالنسبة له فيصبح بائعا مهنيا، وعندئذ تطبق عليه قرينة العلم بالعيب في مواجهة المشتري الثاني.

وهكذا يتضح لنا مما تقدم أن لصفة المشتري تأثيرا على وصف العيب بأنه خفي أم غير خفي، أي ظاهرا فهل لطبيعة المبيع دورا مؤثرا أيضا في ذلك ؟.

لقد أجاب الفقه على هذا التساؤل بالإيجاب فأخضع العيب إلى التأثير الذي تلعبه طبيعة الشئ المبيع. وهكذا اعتبر البعض أن العيب الخفي الذي يدعي به المشتري في الأشياء المستعملة يجب أن يحدد بطريقة نسبية أي يجب أن يتعدى حدود ماهو متوقع عادة في الشئ المبيع(1). فالمشتري لايمكنه أن ينتظر من الشئ المستعمل الصفات أو الإستعمال التي يوفرهما له الشئ الجديد(2).

وخلاصة القول أن الفقه والقضاء يطبق على الأشياء المستعملة نفس المبادئ التي يطبقها على الأشياء الجديدة، مع الأخذ بعين الإعتبار قدم هذه الأشياء وما يستتبعه ذلك من عيوب متوقعة بالنظر لقدمها أو إستعمالها .

هذا بالنسبة للأشياء المستعملة، أما بالنسبة للأشياء الخطرة فقد

L'etendue de la Garantie ... Ce N'est Pas L'utilisation Professionnel Qui Compte ici Mais la Compétence Technique Qui Peut Révéler la Profession de L'acheteur ».

(1) - **HENRI ROLAND** : observations sur la vente des vehicules d.occasionss , Dalloz 1959 chroniques, P 168 .

« le Vice dont se Plaint L'acheteur Essentiellement distinct du seul Caractére Usagé de la Chose - Doit étre Apprécier de Facon Relative, en se sens qu'il doit depasser, Celui qui était normalement Prévisible dans Un Véhicule d'occasion ».

(2) - **A. SUDAKA** : ou en est la theorie des vices caches dans la vente des vehicules d.occasion ?GAZ. PAL 1966 , P. 62 .

« On Ne Peut Attendre d'une Marchandise Usagée les Qualités et L'utilisation Que L'on Pouvait Avoir D'une Neuve ».

إعتبر الفقه والقضاء، بأن للشئ الخطر تأثيرا على مدى إعتبار العيب خفيا، وعلى مدى تحديد المسؤولية عن الأضرار التي تترتب عن وجود هذا العيب.

والمقصود بالشئ الخطر ليس كل شئ ينجم عنه خطر لأن هناك اشياء لاتعتبر خطرة بطبيعتها ومع ذلك فقد ينتج عنها الخطر إذا إستعملت بطريقة غير عادية، فالقلم مثلا ليس خطرا، ولكن تحريكه بطريقة معينة قد يؤدي إلى فقأ عين أحد الأشخاص .

فالمقصود بالشئ الخطر هنا هو الشئ الذي يكمن فيه الخطر بطبيعته، ومثال ذلك قوارير الغاز والمواد المتفجرة والسوائل الملتهبة وما إلى ذلك من الأشياء الخطرة. فالخطورة في هذه الأشياء يكون مصدرها ناتجا عن الخطر المتوقع فيها وليس في الضرر الذي تحدثه لاحقا[1]. أوكما يقول البعض فالإنتاج الخطر هو خطر بذاته قبل حصول أي ضرر[2].

هذا ونشير الى أن محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدينة - قد اصدرت قرارا حديثا ومهما وذلك بتاريخ 1991/06/11 يتعلق بوفاة شخصين في سيارة بعد يومين من شرائها، وقد كشف الطبيب المعين لوضع تقرير عن هذه الحادثة أن الوفاة (الإختناق) كانت بسبب ثاني أكسيد الكربون المنبعث من المدفأة والناتج عن الغاز المعبأ بالسيارة. وقد أرجع الخبير سبب الوفاة إلى التصميم السئ لمدفأة الغاز (البروبان) والنقص في التهوية .

وقد بررت محكمة النقض الفرنسية رفض طعن البائع بأن : " دعوى المسؤولية العقدية المقامة ضد البائع بسبب إخلاله بالتزامه

---

(1) - **PIERE VOIRIN** : La Notion de Chose Dangereuse , Daloz , Hebdomadaire , 1929, Chroniques , P 1 et 2 .

(2) -J **OVERSTAK** : La Responsabilité du Fabricant de Produits Dangereux , R.T.D. Civ,1972 P 485 et S . Spécialement , P 488 .

بالسلامة والتي تعني أنه ملزم بألا يسلم إلا السلع التي لاتحتوي على أي عيب او خلل صناعي يسبب خطرا للاشخاص أو الأموال لاتخضع للمدة القصيرة المنصوص عنها في المادة 1648 ق م ف، ولكنها حكمت على البائع بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية(1).

ويعتبر هذا القرار تحولا مهما في القضاء الفرنسي وذلك من عدة نواح : أولها : ان هذا القرار يقر بشكل صريح بتقرير التزام على عاتق البائع بالنسبة للأشياء الخطرة وهو الإلتزام بالسلامة Obligation de Sécurité وهو التزام بتحقيق نتيجة مرتبط بتسليم البضاعة، كما أنها تحدد أبعاد هذا الإلتزام ويشكل ذلك إعترافا جديد من القضاء بهذا الإلتزام في هذا النوع من الأشياء (الخطرة). والثاني : ـ وهذا ما يمزه عن القرارات السابقة في إعتقادنا ـ أنه يفصل بين الإلتزام بالسلامة والإلتزام بضان العيوب الخفية، أي أن هذا القرار يجعل هذا الإلتزام مستقلا عكس ما كان سائدا في السابق أين كان الإلتزامان مندمجين.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ألزم ـ كما رأينا ـ البائع في عقد البيع بضمان العيوب الخفية دون العيوب الظاهرة أو التي يسهل تبينها، فإنه بالمقابل لم ينص على ذلك في عقد الإيجار صراحة، ولذلك قد يتبادر إلى الذهن السؤال التالي : هل يلتزم المؤجر بضمان العيوب الظاهرة التي تصيب العين المؤجرة أم لا؟ .يرى بعض الفقهاء في فرنسا أن المؤجر لايلتزم بضمان العيوب الظاهرة

(1) - Cass. Civil. 11/06/1991 La Semaine Juridique , J.C.P. 1992 , Doctrine 3572 .

« L'action en Responsabilite Contractuele Contre Le Vendeur pour Manquement a Son Obligation de Sécurité , Laquelle Consiste a ne, Livrer Que des Produits Exempts de tout Vice Ou de Tout Defaut de Fabrication de Nature a Créer Un Danger Pour Les Personnes et Pour les Biens , N'est pas Soumise au Bref Delai Imparti Par L'article 1648 , C. Civ ».

لأن المستأجر يفترض فيه أنه يعلم بهذه العيوب أو كان من السهل عليه أن يعلم بها ومن ثم يفترض أنه تنازل ضمنا عن حقه في الرجوع بالضمان[1].

بينما يرى البعض الآخر أن المؤجر ملزم بضمان جميع العيوب التي تصيب العين المؤجرة سواء كانت خفية أو ظاهرة، لأن نص المادة 1721 قانون مدني فرنسي جاءت صياغته عامة وشاملة لجميع العيوب[2]. كما أن المستأجر - حسب رأيهم - يمكن أن يجهل وجود العيب ولو كان هذا العيب ظاهرا أو على الأقل أن المؤجر سيقوم بإزالته[3].

ويوجد رأي في الفقه المصري يعتبر أن المادة 576 مدني مصري قد أضافت شرطا مستقلا عن شرط الخفاء وهو عدم علم المستأجر بالعيب[4] .

ولكننا نعتقد مع الرأي الأول أن البائع لايضمن العيوب الظاهرة. ولايوجد مايوحي بأن المشرع قد خرج عن القاعدة الواردة في المادة 379 قانون مدني جزائري والمتعلقة بعقد البيع. هذا من جهة . ومن جهة أخرى فحتى إذا سلمنا أن المستأجر كان يجهل وجود العيب الظاهر فإنه يكون قد أهمل في كشف العيب ومن ثم عليه تحمل نتيجة إهماله.

---

(1) - **بلانيول وريبير** : ج10، المرجع السابق ، ص 742 رقم 539.
- **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 94 ، رقم 62 .

(2) - وهذا هو نص المادة 1721 ق م ف :

« Il est du Garantie au Preneur Pour Tous Les Vices Ou défauts de la Chose louée Qui en empechent L'usage Quand méme le Bailleur ne Les Aurait pas Connus Lors du Bail.
S'il Résulte de Ces Vices Ou Défauts Quelques Perte pour Le Preneur, Le Bailleur est Tenu de L'indémniser ».

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 742 , N° 539.

(4) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 93 ، رقم 62 .

والقضاء في مجمله يأخذ بهذا الرأي، حيث إعتبر أن المؤجر غير ملزم بضمان العيوب الناتجة عن الحالة الطبيعية للعقار. مثال ذلك الرطوبة L'humidité الناتجة عن مجرى مائي مجاور للعقار (1) .

أما بخصوص معيار العيب الخفي أو الظاهر فقد سبق أن أشرنا إلى ذلك عند الكلام عن هذا الموضوع في عقد البيع. وهي نفس الأحكام التي تنطبق على عقد الإيجار. فلا نرى ضرورة لإعادتها تفاديا للتكرار.

ويلاحظ أن العيب الذي يعلم به المستأجر أو كان من السهل عليه تبينه يأخذ حكم العيب الظاهر .

كما أن مجرد قيام المستأجر بزيارة العين المؤجرة ولو كان ذلك رفقة خبير لايعفي المؤجر من ضمان العيوب الخفية الموجودة بها، والتي لاتظهر إلا بعد إستعمال العين المؤجرة مدة معينة من الوقت .

كما تجب الإشارة الىأن شرط الخفاء لايتصور إلا في العين بمعنى الآفة الطارئة التي تصيب المبيع على النحو الذي سبق بيانه، أما العيب بمعنى تخلف الصفة فلا يتصور وجود شرط الخفاء فيه ، فالبائع في هذه الحالة الأخيرة يلتزم بضمانها ولو كان العيب ظاهرا .

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها باريخ 1975/10/28 جاء فيه على الخصوص : " أن المشرع وإن كان قد الحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يخص قواعد الضمان إلا أنه لم يشترط

---

(1) - نقض مدني فرنسي في 11 جويلية 1900، دالوز 1900 - 1 - ص 507 .
مشار اليه في بلانيول وريبير ، ج10، المرجع السابق، ص 742، رقم 539 ، هامش رقم 03 .

في حالة تخلف الصفة ما إشترطه في العيب الذي يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا، إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة في المبيع وقت التسليم موجبا لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أم لايعلم، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أم لايستطيع "[1].

ولقد نص المشرع الجزائري على حالتين إستثنائيتين الزم فيهما البائع بضمان عيوب المبيع حتى ولو كانت ظاهرة ، وذلك في الفقرة الأخيرة من نص المادة 379 قانون مدني ، وهاتان الحالتان هما :

الحالة الأولى : وهي حالة ما إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من العيوب ، ويجب أن ينصب التاكيد على عيب معين بذاته أو عيوب معينة بذاتها، ويظهر ذلك من الصياغة اللفظية للمادة 379 التي تقول : "... إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أخفاها غشا منه".

وعليه لايجوز أن ترد عبارات التأكيد عامة لاتشمل عيبا أو عيوبا معينة بذاتها، كما لايجوز للبائع التهرب من الضمان بحجة ان العيب ظاهر ، ذلك أن المشتري إذا تقاعس في فحص المبيع فيكون ذلك بسبب إطمئنانه إلى تأكيد البائع لخلو المبيع من العيوب .

الحالة الثانية : وهي حالة ما إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن المشتري غشا منه، وقد نصت عليها نفس الفقرة السابقة من المادة 379 مدني جزائري المذكورة أنفا .

وعليه إذا باع شخص سيارة إلى شخص آخر بعد ان قام بطلاء واجهتها الأمامية بقصد إخفاء الكسور الموجودة فيها ثم إكتشف

---

(1) - محكمة النقض المصرية بتاريخ 1975/10/28 . مشار إليه في رسالة **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 490 .

المشتري هذا العيب، جاز لهذا الأخير الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية.

ولايجوز للبائع الدفع بأن المشتري لم يبذل عناية معينة لكشف العيب لأن سوء نية البائع وإخفائه العيب غشا منه يعتبر خطأ جسيما يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص السيارة بالعناية المعتادة.

وقد قضى القضاء الفرنسي أن البائع إذا إشترط إعفاءه من الضمان لايكون مسؤولا عن العيوب الموجودة بالمبيع حتى ولو كانت هذه العيوب قد جعلت المبيع غير صالح للإستعمال المعد له، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع كان يعلم بهذه العيوب وقت البيع وأخفاها غشا منه[1] .

وخلاصة القول بالنسبة لشرط خفاء العيب الموجب للضمان هو أن البائع يكون ملزما بضمان العيب الخفي، أي العيب الذي لايستطيع المشتري تبينه ببذل عناية الرجل العادي، كما يكون في حكم العيب الخفي إذا أثبت المشتري طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 379 ق م ج أن البائع اكد له خلو المبيع من عيب بذاته أو تعمد إخفاء العيب غشا منه .

بينما يكون العيب ظاهرا ومن ثم لايضمنه البائع إذا كان بالإمكان إكتشاف هذا العيب من طرف الشخص الفطن المنتبه للأمور، حتى ولو لم يكن باستطاعة المشتري إكتشاف ذلك العيب. نظرا لنقص خبرته ، فمعيار خفاء العيب - كما سبق بيانه - هو

---

(1) - **COUR D'APPEL DE LION** : 3emme Chambre 08/12/1972 , Gaz, Palais 1973 , P 475 Note Gaz .Pal .

« ... Le Vendeur (en l'espece la Regie Renault) même si le Camion Vendu est Impropre à L'usage auquel il était destiné , N'est donc Responsable par Suite de Stipulation d'exlusion de Toute Garantie , que dans la mesure ou il Serait établi que le vendeur , Au Moment de la Vente , AURAIT EU Counaissance du Vice , se Rendant ainsi Coupable d'un Veritable dol ».

معيار موضوعي ينظر فيه إلى الشخص العادي المتفطن وليس معيار شخصي، أي ينظر إلى عناية مشتري معين بذاته.

المطلب الثاني
شرط خفاء العيب في الشريعة الإسلامية

سبق القول عند الكلام عن شرط خفاء العيب في القانون الوضعي بأن المقصود بالعيب الخفي هو ذلك العيب الذي يجهله المشتري ولايستطيع تبينه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي. ولو أتبعنا نفس التصنيف في كتب الفقه الإسلامي لوجدنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تطرقوا إلى الأمر الأول وهو : عدم علم المتعاقد بالعيب عند العقد وقبل القبض، أي وقت إبرام العقد وقبل التسليم دون التطرق إلى خفاء العيب .

فقد ذهب البعض بأن جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض شرط لثبوت ضمان العيب ومن ثم يترتب على العلم بالعيب إنتفاء الحق في الضمان . " لأن الإقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضاء به دلالة، وكذا إذا لم يعلم (المشتري) عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد "[1].

فإذا كان المتعاقد على علم بالعيب فيكون قد تعاقد وقد أخذ في إعتباره وجود العيب فيعتبر راضيا بالعيب، ويكون نفس الحكم لو علم المشتري بالعيب بعد القبض لأنه يكون بذلك قد أسقط الضمان بعد ثبوته .

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 276 . أنظر أيضا : **الزيلعي** : تبيين الحقائق، ج4 المرجع السابق ، ص 31 . **إبن جزي**: القوانين الفقهية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ص 228 . (بدون تاريخ) **منصور بن يونس البهوتي**: كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق ، ص 218 .

أما الأمر الثاني وهو عدم قدرة المشتري على إكتشاف العيب ببذل عناية الرجل العادي فلم يشر إليه صراحة ـ كما قلنا ـ فقهاء الشريعة الإسلامية، وإذا كان ما يرمي إليه هو محل إتفاق الفقه. ذلك أن العيب الخفي هو ذلك العيب الذي لايستطيع المشتري إكتشافه بالفحص العادي(1).

والحقيقة أن الفقهاء المسلمين لم يصنفوا العيوب لذاتها في مؤلفاتهم فقد ذكرو أمثلة كثيرة تبين العيوب التي تصيب الشئ المبيع ويترتب عليها ثبوت حق الضمان للمشتري.

فقد جاء في كتاب الأصل للشيباني أن : " كل عيب طعن به المشتري ظاهرا أو باطنا ولا بينة له، فإن القاضي لاينبغي له أن يستحلف البائع حتى يعلم أن العيب بالسلعة، فإذا كان ظاهرا نظر إليه، وإن كان باطنا ، ولاينظر إليه إلا النساء : فإذا أخبرت إمرأتان حرتان مسلمتان ، أو إمرأة ، بالعيب إستحلف البائع فإن كان باطنا في الجوف أو في البصر أرى ذلك الأطباء "(2).

وعموما فقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية العيوب الموجبة للرد إلى أربعة أنواع:

النوع الأول : عيوب ظاهرة أو واضحة : وهي تلك العيوب التي يمكن مشاهدتها أو ملاحظتها بإحدى الحواس، وأغلب الأمثلة الواردة في كتب الفقه عن هذا النوع من العيوب مردها إلى عيوب خلقية ، كالنقص أو الزيادة في أعضاء الجسم ، كنقص الأصبع أو زيادتها والبرص والعمى والعور والحول وصهوبة الشعر والقرن والجذام

---

(1) ـ **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 493، والمراجع المشار إليها في الهامش .

(2) ـ الأصل للإمام **محمد بن الحسن الشيباني** : كتاب البيوع والسلم، القرن الثاني هجري ، تحقيق **شفيق شحاتة**: 1954 ، ص 19، وكذلك من ص 191 إلى 194، مشار إليه في رسالة **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 96 .

والسن السوداء والظفر الأسود ... إلخ[1].

النوع الثاني : عيوب واضحة يجهل المشتري تأثيرها : وهي عيوب ظاهرة مثلها مثل النوع الأول إلا أن المشتري في النوع الثاني يجهل مدى تأثير هذه العيوب على ثمن المبيع، ومثال ذلك العيوب في البدن التي يمكن شفاءها إلا أن شفائها يطول،كجرح في رجل الحصان مثلا، ففي هذه الحالة لاشك أن المشتري يلاحظ الجرح فيكون بذلك عالما به إلا أنه لايعلم مدى تأثيره على الإستعمال المقصود من الحصان .

وإذا كان النوعان الأول والثاني من العيوب يعتبران في نظر الفقهاء من العيوب الظاهرة، الا أن العيوب الظاهرة عندهم تنقسم بدورها إلى عدة أنواع : " عيب ظاهر ولكنه قديم كالإصبع الزائدة ، وحديث لايحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة ، كأثر الجدري وماشابه ذلك. وحادث يحتمل الحدوث من وقت البيع إلى وقت الخصومة كالجراحات وما أشبهها. وحادث لايحتمل التقدم على مدى البيع "[2].

النوع الثالث : عيب باطني و داخلي يجهله المشتري : ويشترط في هذا النوع من العيوب أن يكون مجهولا من طرف المشتري سواء كان ذلك وقت البيع أو على الأقل عند القبض أي عند التسليم[3].

وواضح أن هذا النوع من العيوب (الباطني) هو العيب الذي

---

(1) - الأصل **للشيباني** : المرجع السابق ، ص 189 و 190 .
(2) - الفتاوي الهندية : تأليف الشيخ **نظام وجماعة من علماء الهند** : المجلد الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1973 ، ص 86 . البدائع **للكساني** : ج5 ، المرجع السابق ، ص 278 . **السرخسي ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل** : المبسوط ، ج13 - دار المعرفة - ، ص 110 و 111 (بدون تاريخ).
(3) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 276 .

لايمكن معرفته أو ملاحظته بالمشاهدة والعيان. وهذا النوع من العيوب مقسم هو الآخر إلى قسمين :

ـ أحدهما لايعرفه إلا النساء بان يكون في موضع لايطلع عليه الرجال، فيريه القاضي للنساء، ولكن ذلك معلق على شرط أن تكون المرأة حرة مسلمة، ومثال ذلك : الثيابة والحبل والداء في موضع لايطلع عليه الرجال[1].

ـ والآخر عيب لايعرفه إلا الأطباء فيجب على القاضي أن يريه لطبيبين مسلمين عدلين " لأن علم ذلك عندهم، وإنما يرجع إلى معرفة كل شئ إلى من له بصر في ذلك الباب، كما في معرفة القيمة إستنادا لقوله تعالى : { فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لاتَعْلَمُونَ } ولابد من العدد في ذلك لأنه قول ملزم كالشهادة"[2].

كمايرى البعض أن العيب الباطني هو نوعان : نوع يعرف بأثار قائمة كالثيابة والحبل والداء في موضع لايطلع عليه الرجال ونوع لايعرف بأثار قائمة كالسرقة والإباق والجنون[3].

في حين يقسم البعض الآخر العيب الباطني أو الداخلي إلى ثلاثة أقسام بقوله : " والعيب إما أن يكون ظاهرا ... وإما أن يكون باطنا خفيا لايقف عليه إلا الخواص من الناس وهم الأطباء، والبياطرة، وإما أن يكون ما لايقف عليه إلا النساء ، وإما أن يكون مما لايقف عليه إلا بالتجربة والإمتحان عند الخاصة ، كالإباق والسرقة والبول في الفراش والجنون[4] .

---

(1) - **الفتاوي الهندسية** : ج2، المرجع السابق ، ص 86 . **الكاساني** : ج5 ، المرجع السابق ، ص 278 .

(2) - المبسوط **للسرخسي** : ج13 ، المرجع السابق ، ص 111 .

(3) - **الفتاوي الهندسية** : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند المجلد 2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت 1973 ، ص 86 .

(4) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 278 .

النوع الرابع : عيوب حكمية : وهي الإباق والسرقة والبول في الفراش وفي هذا النوع من العيوب لايسمع القاضي الخصومة إلا إذا أقيمت البينة على وجود العيب عنده لأن قيام العيب في الحال شرط لتوجه الخصومة[1] .

وقد ذهب البعض إلى القول أن العيب الظاهر لايرتب حق خيار العيب "فلو علم المشتري (بالعيب) إلا أنه لم يعلم أنه عيب مؤثر ثم علم ينظر إن كان عيبا بينا لايخفي على الناس كالغدة (في العبد) ونحوها لم يكن به الرد، وإن خفي له الرد "[2].

ويتضح مما تقدم أن فقهاء المذهب الحنفي منقسمون إلى قسمين : قسم يقر بحق الخيار للمشتري بصفة مطلقة ، أي سواء كان العيب ظاهرا أو باطنا، وقسم ينفي الخيار في حالة العيب الظاهر.

وهذا الرأي الأخير يتفق ـ كما رأينا ـ مع أحكام القانون الوضعي، المادة 379 قانون مدني جزائري وما يقابلها في القانون المقارن .

المبحث الرابع
شرط عدم علم المتعاقد بالعيب

يرى البعض أن عدم علم المتعاقد بالعيب هو شرط لثبوت ضمان العيب الخفي قائم بذاته، على أساس أن العيب قد يكون خفيا ولكن معلوم من طرف المتعاقد (المشتري او المستاجر مثلا) .كما ان العدالة تقتضي عدم علم المتعاقد بالعيب لانه لو كان يعلم بالعيب لدفع ثمنا اقل .ونظرا لان تحديد علم المتعاقد بالعيب يتم طبقا للمعيار الشخصي لاختلاف ذلك من شخص الى اخر فان عدم

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 278 . المبسوط **للسرخسي** : ج13 ، المرجع السابق ، ص 111 .
(2) - **إبن عابدين** : حاشية رد المحتار ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 5 .

العلم يعتبر شرطا مستقلا عن شرط الخفاء . وعليه فان علم المتعاقد بالعيب يسقط دعوى الضمان بشرط ان يكون هذا العلم علما حقيقيا وليس افتراضيا .

لكن ما هو الوقت الدي يعتد به لاعتبار المتعاقد عالما بالعيب ؟ هل هو وقت العقد ام وقت التسليم ؟ وهل يفترض في المتعاقد بذل عناية معينة لكشف العيب ؟ سنحاول الاجابة عن هذه التساؤلات في كل من القانون والشريعة وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول
شرط عدم العلم بالعيب في القانون الوضعي

لايكفي ـ كما قلنا ـ أن يكون العيب مؤثرا وخفيا وقديما بل يجب أيضا أن يكون هذا العيب غير معلوم من طرف المتعاقد وقت إقدامه على إبرام العقد. فإذا كان المشتري في عقد البيع مثلا عالما بالعيب فلا يعتبر ذلك العيب خفيا وبالتالي لايرتب الضمان، بل يفترض فيه أنه بإقدامه على التعاقد وهو عالم بالعيب أنه قبل الشئ المبيع بما فيه من عيوب وبالتالي يكون قد تنازل ضمنا عن إستعمال حقه في الرجوع بالضمان على البائع[1].

وقد تناولت الفقرة الثانية من المادة 379 مدني جزائري شرط عدم علم المشتري بالعيب، فنصت على أنه : "... غير أن البائع لايكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان في إستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية

(1) - **أحمد فراج حسين** : الملكية ونظرية العقد، المرجع السابق ، ص 343 .

الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه".

وهذا أيضا ما قضى به الفصل 668 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية بقوله : " لايضمن البائع العيوب الظاهرة ولا التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة "[1].

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع قد اسقط حق المشتري في الرجوع بالضمان على البائع إذا كان يعلم بالعيب وقت التعاقد .

والعلم الذي يعتدبه هو العلم الحقيقي وليس العلم الإفتراضي، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيه : " العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفي هو العلم الحقيقي دون العلم الإفتراضي، ومن ثم فإن نشر مرسوم إعتماد وقوع العقار داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لايدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب "[2].

ويجب أن يمتد علم المشتري بالعيب إلى جميع النتائج التي تترتب عن العيب ولذلك فإن المشتري الذي يعلم بالعيب علما حقيقيا، ولكنه لايعلم بأن النتائج التي ستترتب عليه من شأنها أن تؤثر في إستعمال المبيع، لايعتبر أنه تنازل عن الضمان "[3].

ويقع على عاتق البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت إبرام العقد، ويمكنه إثبات هذا العلم بكافة طرق الإثبات

---

(1) - ويتطابق هذا الفصل شبه حرفيا مع الفصل 569 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي .

(2) - نقض مدني مصري في 14 يونيو 1962، المحاماة، العدد 7، السنة 43 ، ص 812، رقم 461 من مجلد 1962.

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 146, N° 130.

بما في ذلك البينة والقرائن على إعتبار أن العلم هو واقعة مادية .

وإذا كان المشتري محترفا لنوع معين من السلع فيكون مفترضا فيه العلم بالعيوب التي تصيب هذا النوع من البضائع. ولايستطيع التخلص من هذه القرينة إلا بإثباته وجود ظروف خاصة رافقت البيع جعلته يعتقد بعدم وجود هذه العيوب، ومن هذه الظروف تعهد البائع له بأنه يسلم له بضاعة خالية من العيوب أو وجود تغيير في النوع أو التشكيل[1].

ويجب على المشتري أن يكون يقظا. فالمشتري المهمل أو المغفل لايجوز أن يستفيد من إهماله بتقرير حقه في الضمان، ولذلك عليه أن يعرف على الأقل العيوب التي يمكن إكتشافها بسهولة. وقد نصت على ذلك صراحة المـــادة 379 م ج ، المشار إليها آنفا .

كما أن الأشياء المستعملة يفترض فيها أنها لاتخلو من بعض العيوب التي تصيب هذا النوع من السلع، وتقدير العلم بالعيب وتوقعه هي من مسائل الواقع يخضع تقديرها لقضاة الموضوع .

أما وقت العلم بالعيب فقد اختلف الفقهاء بشأنه، وإن كانوا متفقين على المبيع المعين بالذات الذي هو وقت العقد، أما بالنسبة للمبيع المعين بالنوع فيرى البعض أن هذا الوقت هو وقت إبرام العقد[2]. في حين يرى البعض الآخر أن هذا الوقت هو وقت الإفراز[3].

---

(1) - **BAUDRY et SAIGNAT** : OP CIT , P 428 , N° 420 .

- **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 148, N° 132.

« En Fait, L'acheteur ne Poura, Dans Ce Cas , etablir Sa Bonne Foi Qu'en Evoquant des Circonstances Speciales de la Vente Suceptibles de Faire Croire a L'absence des Vices Habituels ».

(2) - **د. عبدالمنعم البدراوي** : المرجع السابق ، ص 505 . **د. أنور سلطان** : المرجع السابق ، ص 331 .

(3) - **د. سليمان مرقص ومحمد علي إمام** : عقد البيع، القاهرة ، 1953 ، ص 381 .

ونعتقد أن الوقت المعتد به لإعتبار المشتري عالما بالعيب هو وقت العقد (البيع) وذلك بصريح نص المادة 379 مدني جزائري. ولكن هذا الوقت ينطبق على المبيع لمعين بالذات دون المبيع المعين بالنوع. ولايمكن القول بأن إرادة المشرع إتجهت لتشمل النوعين من البيوع، لأنه لايمكن تصور علم المشتري بالعيب الذي يصيب المبيع المعين بالنوع وقت العقد ." ففي هذا الوقت لايكون هناك مبيع معين بذاته حتى يمكن القول بأن به عيوبا "(1).

ولا أهمية لعلم البائع بالعيب الخفي الموجود بالمبيع أو عدم علمه فهو ملزم بهذا الضمان سواء كان عالما بوجود العيب أم لا. وهذا ما نصت عليه المادة 372 الفقرة الأخيرة بقوله : " ... فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ".

إلا أن هذا العلم لايؤخذ به عند إتفاق الطرفين على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية. وكذلك عند تقرير التعويض المستحق للمشتري بسبب العيب الخفي وفقا لما سنراه لاحقا .

كما ننوه هنا الى أن علم المشتري بالعيب لايؤخذ بعين الإعتبار إلا بالنسبة للعيب بمعنى الآفة الطارئة دون العيب بمعنى تخلف الصفة. ذلك أن المشتري يكون في الحالة الأخيرة إما جاهلا تخلف الصفة ولايستطيع تبينها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، ولذلك يكون شرط عدم علم المشتري بالعيب متوافرا. وإما أن يكون جاهلا لتخلف الصفة وكان بإمكانه تبين ذلك ولكنه لم يفعل لأن البائع اكد له خلو المبيع من العيوب أو كفل له وجود الصفة فيلتزم

- **د. جميل الشرقاوي** : البيع والمقايضة والإيجار ، القاهرة ، 1963 ، ص 274 (مشار إليهما في **أنور سلطان** : المرجع السابق ، ص 331).

(1) - **د. لبيب شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق، ص 256، رقم 189 . وقارن الأستاذ السنهوري الذي يرى أن هذا الوقت هو دائما وقت التسليم (الوسيط ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 762 بند 667).

البائع بالضمان ولو كان العيب ظاهرا. وإما أن يكون المشتري عالما بوجود الصفة ولكن محوط بالشك، فطلب من البائع أن يكفل له وجود الصفة. وهنا لايؤخذ بعلم المشتري لأنه علم بالتشكيك وليس علما حقيقيا[1].

وإذا كانت القاعدة أن البائع لايضمن العيوب الظاهرة أو التي يعلمها المشتري فهناك إستثناءان أوردهما المشرع على هذه القاعدة :

أولا : حالة التصريح بخلو المبيع من العيوب، حيث يكون المشتري قد إطمأن إلى هذا التصريح ومن ثم لايحق للبائع أن يحتج بأن المشتري لم يفحص المبيع. لأن هذا التصريح يعتبر بمثابة إتفاق ضمني على تحمله الضمان. وقد كان الفصل 669 تونسي أكثر وضوحا بخصوص هذه المسألة بنصه على أنه : " إذا صرح البائع بسلامة المبيع كان له درك العيوب حتى التي لاتخفي على المشتري"[2].

ثانيا : وهي الحالة التي يتعمد فيها البائع إخفاء العيب غشا منه، وقد تصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 379 ق م ج السالفة الذكر .

وفي عقد الإيجار أيضا يجب ألا يكون المستأجر عالما بالعيب وإلا أعتبر راضيا بالعين المؤجرة وما فيها من عيوب .

وقد تناول المشرع الجزائري مسألة عدم علم المستاجر بالعيب في المادة 488 قانون مدني. التي نص فيها على أنه : "... غير أن المؤجر لايضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها

---

(1) - أنظر تفصيل هذا الموضوع ، **د. لبيب شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 258 ، رقم 189 .

(2) - الفصل 569 مغربي مطابق تماما .

هذا الأخير وقت التعاقد ". وهذا أيضا ما فعله المشرع التونسي في الفصل 760 من مجلة الإلتزامات والعقود بنصه على أنه: " لايضمن المكري ما تسهل معرفته من العيوب إلا إذا صرح بعدم وجودها، كما لاضمان عليه في الصور الآتية :

أولا : إذا كان المكتري يعلم وقت العقد بعيوب المكري أو بخلوه من الوصف المرغوب فيه.

ثانيا : إذا أعلم المكتري بالعيوب .

ثالثا : إذا إشترط المكري عدم ضمانه للعيوب ".

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع أعفى المؤجر من ضمان العيوب الخفية التي تصيب العين المؤجرة إذا كان المستأجر يعلم بوجودها وقت إبرام العقد، أو قام المؤجر بإعلام المستأجر بهذه العيوب.

إلا أن المشرعين التونسي والمغربي وضعا نصا يجيز للمشتري طلب فسخ العقد بسبب العيب حتى ولو كان عالما به وقت العقد، ويكون ذلك في حالة ما إذا كان العيب من شأنه تهديد صحة أو حياة المستأجر، وهذا ما نص عليه الفصل 761 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية المطابق شبه حرفيا للفصل 657 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي، بقوله : " لكن إذا كان العيب مما يخشى منه على صحة الساكن أو على حياته كان للمكتري أن يطلب الفسخ ولو مع علمه للعيوب وقت العقد أو مع تصريحه بترك القيام بالفسخ ". ولم يرد مثل هذا النص في القانون المدني الجزائري .

وتجدر الإشارة الى أن المشرع التونسي قد أورد نصا غريبا في عقد الإيجار، وهو الفصل 765 من مجلة الإلتزامات والذي جاء فيه أن " دعاوى المكتري على المكري بموجب الفصول 758

و 764 و 765 تسقط بانتهاء مدة الكراء ".وتكمن الغرابة في هذا النص أن المستأجر لايستطيع الرجوع بضمان العيوب الخفية على المؤجر بعد إنقضاء مدة الإيجارولو بيوم، وإذا كان هذا النص يمكن تبريره بالنسبة للعيب الخفي لكون عقد الإيجار ينتهي الإنتفاع به بانتهاء المدة، إلا أنه قد يثير بعض الغموض فيما يتعلق بالضررالذي قد يصيب المستأجر نتيجة العيب ويبقى بعد إنتهاء مدة الإيجار (الإنتفاع). أو لايصاب المستأجر بالضرر إلا بعد إنتهاء مدة الإيجار، ولكن بسبب العيب. فهل يحرم المستأجر في هذه الحالة من المطالبة بالتعويض أو يجيز له ذلك طبقا للقواعد العامة ؟! .

هذا ويجب على المستأجر ـ كما هو الشأن في عقد البيع ـ أن يبذل درجة معينة من العناية لمعرفة العيوب السهلة وإلا أعتبر مهملا وبالتالي يتحمل نتيجة إهماله، ويرجع في تقدير العلم بالعيب إلى قاضي الموضوع .

أما فيما يتعلق بوقت العلم بالعيب ـ فهو على خلاف عقد البيع ـ وقت إبرام العقد، وذلك بصريح نص المادة 488 مدني جزائري وما يقابلها في القانون المقارن.

وإذا كان المؤجر لايضمن العيوب التي يعلمها المستأجر فإن المشرع قد خرج من هذه القاعدة في حالتين :

الأولى : حالة ما إذا صرح المؤجر بخلو العين المؤجرة من العيوب ، حيث يعتبر ذلك بمثابة إتفاق ضمني على تحمل المؤجر للضمان .

والثانية : وهي حالة ما إذا أخفى المؤجر عمدا العيب عن المستأجر، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 490 مدني جزائري بقولها : " يبطل كل إتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان

بسبب التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان ".

المطلب الثاني
شرط عدم العلم بالعيب في الشريعة الإسلامية

سبقت الإشارة أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يذكروا عبارة " خفاء العيب" لافي مؤلفاتهم ولا في المواد المنظمة لضمان العيب الخفي في المجلات التابعة لمذاهبهم، بل إكتفوا بذكر شرط عدم علم المتعاقد بالعيب عند العقد وقبل القبض فقط، واعتبروا ذلك من أهم شروط قيام ضمان العيب الخفي ، لأن إقدام المتعاقد على إبرام العقد رغم علمه بوجود العيب به - حتى ولو كان هذا العيب مؤثرا في قيمته أو منفعته وقديما - يعتبر في نظرهم بمثابة رضا دلالة بهذا العيب .

وقد نصت المادة 341 من مجلة الأحكام العدلية التابعة للمذهب الحنفي على أنه : " إذا ذكر البائع ان في المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب لايكون له الخيار بسبب ذلك العيب ".

وعليه يشترط في العيب الموجب للضمان عند الفقهاء المسلمين أن يكون مجهولا من المشتري وقت التعاقد أو بعد العقد وقبل القبض، فإذا علم المشتري مثلا بالعيب عند العقد فلا يحق له الرجوع بالضمان، لأن ذلك يعتبر قبولا منه بالمبيع وما فيه من عيوب ، وإذا علم به عند القبض يعد راضيا به أيضا، لأن الصفقة لاتتم إلا بالقبض، فيكون العلم به عند القبض كالعلم به عند العقد[1].

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5، المرجع السابق ،ص 276. الفتاوي الهندية : المرجع السابق ، ج3 ، ص 67 .

وقد يحصل ان يرضى المشتري بالعيب دون أن يكون عالما به، ويتحقق هذا الفرض في حالة إشتراط البراءة من العيب، أي شرط إعفاء البائع من العيب.

ولكن هل المقصود بالعلم بالعيب مجرد العلم بالعيب ذاته أم أنه يجب أن يكون المشتري عالما بالعيب وبأثره على الشئ؟ ، أي بأثر هذا العيب على القيمة أو المنفعة أو الإستعمال المعد له الشئ .

لايكفي أن يكون المشتري غير عالم أو جاهلا للعيب وقت العقد أو عند القبض، بل يجب أن يكون جاهلا أيضا بأن هذه الآفة الطارئة تعتبر عيبا عند أهل الخبرة ومؤثرة في الإستعمال المعد له الشئ محل البيع.

العيوب المدلسة

قد يستعمل البائع وسائل إحتيالية لإخفاء العيب الخفي بغرض تضليل المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد، مثال ذلك تحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتجعيده وجمع ماء الرحى وإرساله عند عرضها للبيع ليزيد دورانها، فيظن المشتري أن ذلك من عاداتها فيزيد الثمن[1] .

ويورد الفقهاء المسلمون لهذه الحالة مثال بيع المصراة الشهير الذي ورد بشأنه حديث رواه أبي هريرة وهو : { لاتصرو الإبل والغنم ، فمن إبتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر } .

1 - يرى المالكية والشافعية أن التصرية عيب مؤثر يستوجب الرد، ولو أنهم يختلفون في الرأي حول الجارية المصراة والأتان

- شيخ الحنابلة **بن يونس بن إدريس البهوتي** : كشاف القناع عن متن الاقناع ،ج3، الناشر مكتبة النصر الحديثة، الرياض، ص 218 (بدون تاريخ).

(1) - **البهوتي** :كشاف القناع ، المرجع السابق ، ص 173 .

المصراة[1].

2 - أما الفقه الحنفي فإنه لايعتبر التصرية عيبا، ولكنه أجاز فقط المطالبة بالتعويض مما نقص من قيمة المصراة، لأن الحديث ـ حسب رأيهم ـ مخالف للقياس فلا يعمل به، ومع ذلك فقد قال أبو يوسف من الأحناف بأن المصراة ترد، وترد معها قيمة اللبن[2].

3 - أما الحنابلة[3] والإمامية[4] فيذهبون مذهبا آخر، حيث يرون أن التصرية ليست عيبا وإنما هي تدليس، فمشتري المصراة له ردها بسبب التصرية ويرد معها صاعا من تمر عملا بالحديث.

وعموما فإن إخفاء البائع للعيب غشا منه يؤدي إلى أن يكون المشتري مغرورا من طرف البائع ومغرورا بعدم القيام بواجب فحص المبيع، لأنه من حق المشتري أن يفترض الصدق والأمانة في البائع ويطمئن إلى تأكيده خلو المبيع من كل عيب وليس له أن يعتبر قول البائع كذبا واحتيالا " فالتعامل أمانة وليس خداعا حربيا

---

(1) - أنظر في تفصيل هذا الخلاف : **عبدالرحمن الجزيري** : الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات ، ج2، الطبعة السابعة ، دار احياء التراث العربي للنشر والتوزيع مصر 1980 ص 201 وما بعدها . - **البهوتي كشاف القناع** : ج3، المرجع السابق ،ص 173 - 174 . بداية المجتهد : **لإبن رشد،** المرجع السابق ، ص 189

(2) - **عبدالرحمن الجزيري** : الفقه على المذاهب الأربعة ،ج 2 ، المرجع السابق ، ص 202 .

(3) - كشاف القناع ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 175 . ومع ذلك يذهب الإمام إبن حزم في المحلى إلى أنه : " وحكم المصراة أن من إشترى مصراة وهي ما كان يحلب من إناث الحيوان وهو يظنها لبونا فوجدها قد ربط ضرعها حتى إجتمع اللبن فلما إفتضح الأمر فله الخيار ثلاثة أيام ... وبرهان ذلك ما قيل من أن أبا هريرة قال: قال أبو القاسم T { من إبتاع محفلة أو مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أن يمسكها وإن شاء أن يردها وصاعا من تمر لاسمراء }.

(4) - **تذكرة الفقهاء للحلى** ، ج7 ، مشار اليه في رسالة عبد الرسول عبد الرضا محمد المرجع السابـق، ص 524 .

"[1].

(1) - **مصطفى أحمد الزرقاء** : شرح القانون المدني السوري: العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، طبعة 06، مطابع فتى العرب ، دمش 1965 ، ص 20 6.

الفصل الثاني

مجال ضمان العيب الخفي

الفصل الثاني
مجال ضمان العيب الخفي

الأصل أن ضمان العيوب الخفية يشمل جميع العقود، ولو أن الخلاف قد ثار حول بعض البيوع كما سنرى، كما أن النصوص المنظمة لضمان العيوب الخفية وإن كانت واردة ضمن النصوص المنظمة لعقد البيع، إلا أنها ليست مقصورة على هذا العقد فقط، بل تمتد إلى جميع عقود المعاوضة، سواء كانت ناقلة للملكية أو واردة على الإنتفاع أو على العمل.

ولذلك سنتناول نطاق ضمان العيوب الخفية من حيث الأشخاص في مبحث أول ثم نعرض لنطاق هذا الضمان من حيث العقود المختلفة في مبحث ثاني، وننتهي إلى نطاق خيار العيب من حيث المدة في مبحث ثالث، وذلك على النحو الآتي :

المبحث الأول
مجال ضمان العيب الخفي من حيث الأشخاص

من المعلوم ان الالتزام بضمان العيب الخفي هو مفروض على البائع لصالح المشتري ، وعلى المؤجر لصالح المستاجر ... أي انه حق مقرر لاحد طرفي العقد فقط . وقد اكد ذلك المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني .

لكن قد يحدث ان يثبت الحق في الضمان لصالح البائع والمؤجر ومن في حكمهما وذلك في حالة ما إذا كان العوض عينا لا نقدا اذ يصبح ضمان العيب في هذه الحالة حقا للبائع والمؤجر لانه يصبح حكمهما حكم المشتري والمستأجر. أما في الفقه الاسلامي فان ضمان العيب الخفي وعلى عكس القانون الوضعي

يثبت للمشتري كما يثبت للبائع . وسنتناول مجال ضمان العيب الخفي في كل من القانون والشريعة على التوالي :

المطلب الأول
مجال ضمان العيب الخفي في القانـون الوضعـي

الحق في ضمان العيب الخفي لايتقرر بحسب الأصل إلا لأحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر وهو المتصرف إليه أو المشتري في عقد البيع. ويبدو ذلك جليا في عقد البيع وعقد الإيجار، وقد يتوفر ذلك أيضا في عقد الصلح، أما في عقد القسمة فإن حق الخيار يثبت لجميع الأطراف على إعتبار أن كل واحد من المتقاسمين سيتلقى نصيبه واحتمال وجود عيب في هذا النصيب وارد جدا بالنسبة للجميع.

والسبب الذي يجعل الحق في ضمان العيب الخفي أو ما يسمى بخيار العيب في الشريعة يتقرر لفائدة المشتري هو أن هذا الأخير هو الذي يتلقى العين محل العقد. وأن العيب يكون عادة في هذه العين، أما العوض أو المقابل الذي يحصل عليه البائع في عقد البيع والمؤجر في عقد الإيجار مثلا، فلايتصور وجود العيب فيه لكونه يكون عبارة عن مبلغ نقدي.

وكما يثبت الحق في ضمان العيوب الخفية للمشتري، يثبت هذا الحق أيضا لخلفه العام كالوارث والموصى له، وكذلك خلفه الخاص، وذلك طبقا للقواعد العامة في العقود (المادتان 108 - 109 من القانون المدني الجزائري).

وعليه في حالة وفاة المشتري ينتقل الحق في الضمان إلى ورثته من بعده. وإذا توفي المستأجر إنتقل هذا الحق إلى ورثته

وهكذا.

ويثبت هذا الحق للمشتري الثاني باعتباره خلفا خاصا للمشتري الأول، فيجوز له الرجوع على البائع الأول بهذا الحق. وهو بهذا الرجوع إنما يستعمل حقوق مدينه وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (المادتان 189 - 190 من القانون المدني الجزائري). كما يمكنه الرجوع على بائعه وهو المشتري الأول بدعوى ضمان العيوب الخفية. وينطبق ما تقدم على دائن المشتري أيضا[1].

المطلب الثاني
مجال ضمان العيب الخفي في الشريعة الإسلامية

أجمع جمهور الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه على أن ضمان العيب هو حق يثبت للمشتري في عقد البيع، وللمستأجر في عقد الإيجار، وللمتقاسم في عقد القسمة، وأيضا للمصالح في عقد الصلح[2].

ولا يوجد فرق واضح بين ضمان العيوب الخفية في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، من حيث إنتقال هذا الحق إلى الخلف العام. إذ ينتقل هذا الحق إلى ورثة المشتري بعد وفاته.

ومع ذلك فقد ورد أنه : " إن مات الذي له الرد قبل أن يلفظ بالرد وبأنه لايرضى فقد لزمت الصفقة ورثته لأن الخيار لايورث إذ ليس مالا، ولأنه قد رضي بالعقد، فهو على الرضا مالم يتبين أنه غير راض ، فإن لم يتبين ذلك فقد قال U { وَلاتَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلا

(1) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 510 . وأيضا **د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية، الجزء الرابع ، 1952، ص 730 - 731 ، بند 370.

(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع، ج5، المرجع السابق ، ص 195 .

عَلَيْهَا } "[1].

كما ورد عن نفس الفقيه أنه " فإن مات الذي يجب عليه الرد كـان لواجد العيب أن يرد المعيب على الورثة لأن له الرضا أو الرد فلايبطله موت الغابن"[2].

ونفس الحكم المقرر في القانون ينطبق بالنسبة لإنتقال هذا الحق إلى المشتري الثاني باعتباره خلفا خاصا. وقد أجمع فقهاء الشريعة على إنتقال هذا الحق، فقد جاء في مذهب الإمام أبو حنيفة أنه في حالة سرقة العبد في يد سيده ثم باعه هذا الأخير إلى شخص آخر وقام هذا الأخير ببيعه إلى شخص ثالث ثم قطعت يد العبد في يد الشخص الثالث، رجع كل شخص على من باع له بالثمن كما في الإستحقاق لأنه بمنزلته[3].

وقد ورد في فتاوى إبن تيمية أنه : " من إشترى جارية فبانت عاشقة في سيدها الذي باعها وباعها الثاني لثالث فهل يردها على الثاني ؟ وهل يردها الثاني على الأول ؟ أم لا ؟ .

أجاب : نعم هذا عيب ينقص القيمة في العادة نقصا بينا، فإذا ثبت ولم يعلم به المشتري كان له أن يردها على بائعه المشتري الثاني، وإذا كان المشتري الثاني لم يعلم بالعيب فله أن يردها على البائع الأول والله أعلم "[4]، وأساس هذا الرجوع هو ضمان العيب ذلك انه بقطع يد العبد يصبح معيبا ومن ثم تنقص قيمته ومنفعته.

---

(1) - المحلى : **لإبن حزم** : المرجع السابق، مسألة 1574 ، ص 71 .

(2) - المحلى : **لإبن حزم** : نفس المرجع أعلاه، مسألة 1575 ، ص 71 .

(3) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير، ج5 ، المرجع السابق ، ص 181 . وهو نفس حكم الفقه المالكي . أنظر **الدرديري** : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ، الجزء الثالث ، ص 131 . مشار اليه في رسالة عبد الله عبد الله العلفي ، المرجع السابق، ص 531 .

(4) - مجموع فتاوى **إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 392 .

ويبدو أن فقهاء الشريعة الإسلامية ـ ولاسيما الفقه الحنفي ـ لايجيزون إنتقال الحق في ضمان العيب إلى دائن المشتري، أي لايجوز لدائن المشتري الرجوع مباشرة على البائع الأول كما هو الحال في القانون الوضعي عن طريق الدعوى غير المباشرة.

ويستنتج ذلك من المادة 1640 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على انه : "لايصلح مديون المديون خصما للدائن "[1].

وعليه إذا تقاعس المشتري في إستعمال حقه في الضمان سواء عن طريق الفسخ أو التعويض فلا يحق لدائنه إستعمال هذا الحق عن طريق ما يسمى في القانون الوضعي بالدعوى غير المباشرة.

إلا أن شيخ الإسلام إبن تيمية قد أورد حكما يفيد على مايبدو لنا السماح للمشتري الثاني الرجوع على البائع الأول بالأرش أي بنقصان الثمن. فقد جاء أنه : " إشترى رجل عبدا سليما من العيب، ثم باعه كذلك، فسرق العبد من المشتري الثاني مبلغا وأبق. فهل يرجع بالثمن على البائع الأول ؟ والثاني ؟ أو بالأرش ؟ أم لا ؟.

أجاب : للمشتري أن يطالب بالأرش بلا نزاع بين العلماء، ومعنى ذلك أن يقوم العبد ولاعيب فيه ويقوم وبه هذان العيبان فما نقص من القيمة نقص من الثمن بحسابه، فإذا كانت قيمته 400 سليما وقيمته معيبا 200 حط عنه نصف الثمن "[2].

وعكس القانون الوضعي فإن البائع ومن في حكمه ـ لايستبعد من نطاق ضمان العيب الخفي في الفقه الإسلامي . فإذا كان الثمن معيبا سواء أكان نقدا أو عينا جاز للبائع الرجوع بالضمان على المشتري. فقد ورد في فقه الإمام جعفر أنه : "يثبت خيار العيب

---

(1) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : الرسالة السابقة ، ص 513 .

(2) - مجموع فتاوي **إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 391 .

للبائع إذا ظهر العيب في الثمن تماما كما يثبت للمشتري"[1].

ويمكن القول ان هناك إتفاق شبه كلي من حيث نطاق ضمان العيب الخفي من حيث الأشخاص بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. والفرق الوحيد بينهما هو ما سبقت الإشارة إليه بخصوص عدم إجازة المذهب الحنفي للدائن إستعمال حقوق مدينه.

ومع ذلك فهذا رأي يبقى معزولا، والمتمعن فيه يرى أنه محل نظر. لأن الحق في ضمان العيب هو حق متعلق بالمال، وعليه إذا كان مشوبا بعيب فإن ذلك يترتب عنه نقص في قيمة الشئ. وتقاعس المشتري في المطالبة بحقوقه يؤدي إلى نقص في ماله، الأمر الذي ينتج عنه إنقاص في الضمان العام للدائنين.

ومن هنا لايوجد مايمنع الدائن من المطالبة بحقوق مدينه في حالة تقاعسه، وخاصة إذا كان ذلك بقصد الإضرار بدائنه. ويتأكد هذا الحق أكثر إذا كان تقاعس المدين يؤدي إلى إعساره .

المبحث الثاني
مجال ضمان العيب الخفي من حيث العقود

اتفقت كل التشريعات ومنها القانون الجزائري على عدم ايراد قواعد ضمان العيوب الخفية في النظرية العامة للعقد . والسؤال المطروح هو : هل تطبق قواعد ضمان العيب الخفي على جميع أنواع البيوع ومهما كان محلها ؟ أم أن هناك بيوع مستثناة من الضمان ؟ وتبرز اهمية الاجابة وعن هذا التساؤل بصفة خاصة إذا علمنا ان هناك خلاف حول تطبيق ضمان العيب الخفي على نوع من البيوع وأيضا بالنسبة للمحل الدي يرد عليه البيع .

وعليه سنحاول الاجابة عن هذا التساؤل في كل من القانون

---

(1) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 514 .

والشريعة وذلك في مطلبين على التوالي .

المطلب الأول

مجال ضمان العيب الخفي في القانـون الوضعي

الأصل أن ضمان العيوب الخفية، يشمل كافة الأشياء الداخلة في نطاق التعاقد، ولو أن الخلاف قد قام حول بعض البيوع، كما أن النصوص المنظمة لضمان العيوب الخفية وإن كانت واردة ضمن القواعد المنظمة لأحكام عقد البيع، إلا أنها لاتقتصر على هذا العقد فقط، بل تشمل جميع عقود المعاوضة تقريبا سواء كانت ناقلة للملكية أو واردة على الإنتفاع أو على العمل، وفيما يلي بيان ذلك :

أولا : العقود الواردة على الملكية

يطبق ضمان العيوب الخفية مبدئيا على جميع عقود البيع أيا كان نوعها وموضوعها، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها جاء فيه " أن المسؤولية التي نصت عليها المادة 1641 مدني فرنسي والمفروضة على البائع تطبق على جميع البيوع مهما كان نوعها وموضوعها "[1].كما يشمل الضمان الأشياء المنقولة والأشياء غير المنقولة[2].

إلا ان الفقهاء قد إختلفوا حول شمول الضمان للأشياء المعنوية، حيث يرى البعض أن ضمان العيوب الخفية لايطبق إلا على

---

(1) - نقض مدني فرنسي في 1954/06/11، دالوز 1954 إجتهاد Jurisprudences ص 697 .

« ... Attendu que, De Ces Constatations et Alors Que , La Responsabilité Edictée Par L'art. 1641.C Civ. à L'encontre du Vendeur S'applique en Principe à La Vente de Toutes Marchandises et de tous Objets ... ».

(2) - **DANIEL- HUET - WEILLER** : In Jurisclasseur Civil, Article 1641 - 1649 , Vente - Fax.10 , P 04 .

الأشياء القابلة للإستعمال المادي فقط[1]. بينما يذهب أغلب الفقه بأن ضمان العيوب الخفية يشمل الأشياء المادية والمعنوية، لأن المنافع تتحدد حسب طبيعة الشئ، فإن كان الشئ ماديا كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة الشئ ، وإن كان الشئ معنويا كانت العيوب معنوية ترجع إلى طبيعة الشئ وهكذا[2].

ويقوم الضمان أيضا بغض النظر عن نوع البيع سواء كان بالعدد أو القياس أو على شرط التجربة أو بشرط المذاق، وإذا كان الخلاف قد قام بالنسبة للنوعين الأخيرين على أساس أن المشتري يكون قد جرب المبيع ورضي به، ولذلك لايجوز له الرجوع على البائع بدعوى الضمان مما جعل القضاء يقضي بعدم تطبيق الضمان في البداية على هاتين الحالتين[3] .

إلا أن هذا الرأي بقي معزولا ولقي معارضة من قبل غالبية الفقه التي ترى أن التجربة قد لاتسمح للمشتري باكتشاف العيب، ولاسيما العيوب التي لاتظهر إلا لاحقا، أي بعد إستعمال المبيع فترة زمنية معينة. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية فيما بعد هذا الرأي[4].

وقد اخذ المشرع الجزائري بهذا الراي في المادة 04 من

---

(1) - **BERNARD GROSS** : In Encyclopédie - Dalloz - Droit Civil, Tome IV, 1972 , Voir. Garantie .

(2) - **د/ عبدالرزاق السنهوري** : الوسيط ، ج4، المرجع السابق، ص 733، رقم 371.

(3) - نقض فرنسي في 1929/02/19 ، مجلة القصر 1929 - 1 - 561 .

(4) - نقض مدني فرنسي في 1956/07/10، دالوز 1956، إجتهاد، ص 719، وقد جاء فيه على الخصوص "...الحكم الصادر بفسخ البيع المتضمن جرار مستعمل بسبب العيوب الخفية، لم يخالف القانون على الرغم من أن المشتري قدتمكن من تجربة الجرار، مادام أن البائع قد ضمن للمشتري الحالة الجيدة بواسطة رسالة ومن ثم فلايمكن أن يكون حسن النية ... ".

المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ بتاريخ 1990/09/15 والمتعلق بضمان المنتوجات المتمم للقانون رقم 89/ 89/02 المؤرخ بتاريخ 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك التي نصت على انه " يمكن للمستهلك ان يطالب بتجريب المنتوجات والخدمات المذكورة في المادة 06/من القانون رقم 02/89 المؤرخ في 1989/02/07 المذكور اعلاه دون ان يعفي ذلك المحترف من الزامية الضمان " . وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد فصل نهائيا وبشكل صريح -على الاقل بالنسبة للبائع المحترف - في قضية الزامية الضمان بالنسبة للبيع بشرط التجربة . والضمان يقوم أيضا سواء كان البيع مدنيا أو تجاريا.

وإذا كانت القاعدة أن الضمان يشمل جميع العقود إلا أن هناك حالات ثار الخلاف بشأنها وحالات إستثنيت من الضمان.

أ ـ الحالات التي ثار الخلاف بشأنها

1 ـ الأشياء المثلية : يرى بعض الفقهاء عدم جواز تطبيق ضمان العيوب الخفية على البيوع المثلية لأن وجودالعيب في هذا النوع من البيوع لايؤدي بالضرورة إلى رد المبيع واسترداد الثمن، بل يمكن للبائع إستبدال المبيع المشوب بالعيب بمبيع آخر سليم، وعليه لايوجد التزام بفسخ العقد أصلا[1].

ولكننا نفضل الرأي الآخر الذي أقره القضاء الفرنسي والقائل أن النصوص القانونية الواردة بشأن ضمان العيوب الخفية قد جاءت بعبارات عامة وشاملة ولم تفرق بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية[2].

---

(1) - **ALBERT WAHL** : De la Garantie des Vices dans la Vente de Valeurs Mobiliéres, R.T.D. Civ. 1914, P 1 et S. Spécialement , N° 4 et 5 .

(2) - نقض فرنسي في 1956/07/10 ، دالوز 1956 ، المشار إليه آنفا.

وإذا كانت بعض القوانين قد أوردت نصوصا خاصة نصت فيها صراحة على تطبيق ضمان العيوب الخفية في الأشياء المثلية والأشياء القيمية(1)، فإن التقنينات التي لم تسلك هذا المسلك قد وضعت نصوصا عامة تشمل جميع الحالات، وبالتالي رأت عدم ضرورة لوجود نص مماثل تفاديا للتكرار .

2- الأشياء المستعملة **Choses D'occasions** : الحقيقة أن تطبيق ضمان العيوب الخفية على الأشياء المستعملة قد يثير بعض التساؤلات، ذلك أن الشخص الذي يشتري شيئا مستعملا يضع دائما في الحسبان ان هذا الشئ هو أقل جودة من الشئ الجديد، ولذلك فإن تطبيق الضمان على هذا النوع من البيوع قد يبدو وكأنه مجحف في حق البائع، لكن بالمقابل فإن عدم تطبيق الضمان من شأنه أن يلحق ضررا بفئة كبيرة من المشترين ولاسيما بعد إنتشار هذا النوع من التجارة، وبصفة خاصة في بيع السيارات المستعملة(2).

وقد تأثر القضاء في أول الأمر بوجهة النظر الأولى، فرفض تطبيق ضمان العيب الخفي على الأشياء المستعملة ، معتبرا أن الشخص الذي يشتري شيئا مستعملا عليه أن يتوقع وجود عيب فيه. وبالتالي فهو الذي يتحمل مخاطر هذا الإستعمال(3).

---

(1) - ومثال ذلك الفصل 650 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية الذي نص على أنه : " إن كان المبيع قيميا فإن البائع لايضمن إلا العيوب الوجودة فيه وقت البيع. وإن كان مثليا قد بيع بالوصف أو بالكيل أو بالوزن فإن البائع لايضمن إلا العيوب الموجودة فيه وقت التسليم ."

(2) - **ADRIAN SUDAKA** : op cit , P 61 et S. « Le Marché de L'occasion , à L'origine timide et Limité est Devenu Une Véritable Activité Economique Avec Ses Regles Ses Professionneles et Leurs Syndicats ».

(3) - محكمة ليون Lyon 1931/11/26 ، دالوز الأسبوعي 1932 ، موجز Sommaire ، ص 37 .

وقد جاء فيه على الخصوص : " أنه ما دام الأمر يتعلق بآلة مستعملة Machine D'occasion فهذا ينفي آية إمكانية للمطالبة بضمان العيوب الخفية ".

ونظرا لعدم عدالة هذه الفكرة فقد عارضتها محكمة النقض الفرنسية، حيث أصدرت حكما أكدت فيه صراحة أن ضمان العيوب الخفية يطبق على جميع البضائع سواء كانت حديثة الصنع أو مستعملة[1]. وقد إستندت محكمة النقض الفرنسية في هذا الحكم على ثلاث مبررات أساسية هي :

الأول : إستخلصته من نصوص القانون المدني الفرنسي، فعبارة المادة 1641 المتعلقة بضمان العيوب الخفية جاءت عامة ولم تفرق بين الأشياء الحديثة والاشياء المستعملة. وقد سايرت المحكمة العليا ببلادنا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية، فقضت في قرار لها بتاريخ 1999/07/21 جاء فيه على الخصوص : " إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب المدعي الرامي إلى إبطال البيع وإرجاع الثمن لعيب خفي في المبيع بحجة أن البائع في مجال بيع السيارات القديمة غير ملزم بالضمان، جاء بتعليل خاطئ لأن البائع ملزم بضمان العيوب الخفية عندما يتعذر على المشتري نفسه إكتشاف هذا العيب، أو عندما يكون المبيع مشوب بعيوب تنقص من قيمته، فكان يتعين عندئذ التحقق عما إذا كان العيب المثار من طرف المشتري عيبا خفيا ينقص من قيمة المبيع أم لا . ومتى كان كذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه "[2].

والثاني : إستحدثته من عدم الخلط بين الأشياء القديمة أو المستعملة والأشياء عديمة الفائدة، فالقدم لايعني أبدا فناء البضاعة ، ثم أن المشتري لايشكو من قدم الشئ إنما يشكو من عيب ينقص من

---

(1) - نقض مدني فرنسي في 1954/06/11 ، دالوز 1954 ، ص 697 المشار إليه آنفا .
(2) - المجلة القضائية ، العدد الثاني لسنة 2000 ، ص 88 .

قيمته أو نفعه[1].

و **الثالث** إستحدثته من فكرة العدالة ذاتها، لأن الأشخاص الذين يشترون الأشياء المستعملة هم عادة من ذوي الإمكانيات المحدودة، ومن هنا يجب مساعدتهم وذلك عن طريق توفير الضمان لهم حتى لايتركوا لجشع وطمع البائعين. وهكذا أصبح ضمان العيب الخفي يطبق على الأشياء الحديثة والأشياء المستعملة.

ب ـ البيوع المستثناة من الضمان

إستثنت بعض التشريعات تطبيق ضمان العيوب الخفية على بعض المبيعات وأخضعتها لتنظيم خاص بها. وهذا ما فعله المشرع الفرنسي الذي أخضع بيع الحيوانات الأليفة من جنس البقريات والخيول والخنزير[2] لأحكام المادة 285 من القانون الريفي Droit Rural والتي نصت على أن دعوى الضمان لايجوز مباشرتها إلا في حالات خاصة مذكورة على سبيل الحصر. إلا إذا تعهد البائع صراحة بالضمان[3]، كما إستبعد المشرع الفرنسي -في نفس القانون - تطبيق الضمان على الحيوانات المصابة بأمراض معدية Maladies Contagieuses حيث أعتبر بيع هذه الحيوانات باطلا لمخالفته للنظام العام (المادة 240 من القانون الريفي) [4].

---

(1) - **JEAN CARBONNIER** : Observations In Revue Trimestrielle de Droit Civil , 1955, P 128.

(2) - **BOVINE - CHEVALINE - PORCINE** :

(3) - وهذه هي الحالات التي ذكرتها المادة 285 قانون ريفي فرنسي :

Le Bruceloz, L'immobilité, L'emphyséré, LE Courage Chronique le Proprement dit, Les Boiteries, Curiennes Intermetantes , La Fluxion Périodique des Yeux , La Ladreri , La Brucalloz , La Tuberculose.

(4) - القانون رقم 1117/71 (الجريدة الرسمية الصادرة في 1971/12/23 ومرسومه التطبيقي رقم 282/75 الصادر بتاريخ 1975/04/21، مثل الكلاب والقطط إذا كانت مصابة بأمراض معدية وتم إكتشاف المرض خلال 15 يوما من تاريخ التسليم .
أنظر في هذا الموضوع الأسبوع القانوني La Semaine Juridique 1972 - 111 - 38666 .

وإضافة إلى هذا الإستثناء بحسب الموضوع لبعض البيوع هناك إستثناء من حيث الشكل لنوع آخر من البيوع، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 385 من القانون المدني الجزائري بقولها : " لاضمان في البيوع القضائية ولافي البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد ".

ورغم صراحة هذا النص فقد ثار الخلاف بصدد تطبيق هذا الإستثناء، ويرجع السبب في ذلك الخلاف إلى أن البيوع التي تتم بواسطة القضاء إما أن تكون إختيارية، أي يختار الطرفان بمحض إرادتهما اللجوء إلى القضاء .

وإما جبرية بحيث يكون تدخل القضاء أمرا حتميا بنص القانون، كما هو الشأن في بيع أموال القاصر والمحجور عليه بالمزاد. وهكذا يرى البعض أن الضمان يقوم في البيوع القضائية الإختيارية، أما البيوع القضائية الجبرية فلايشملها الضمان لأن هذا النوع من البيوع قد تم الإعلان عنه وبالتالي تكون الفرصة متاحة للمزايدين لكي يفحصوا المبيع قبل الإقدام على المزايدة ، فلا يعقل أن يفسخ البيع نتيجة أمر كان يمكن توقعه[1].

ولكننا نفضل الرأي القائل أن الضمان لايطبق علىجميع البيوع القضائية يستوي أن يكون تدخل القضاء فيها أمرا حتميا أم إختياريا ، وذلك تطبيقا لنص المادة 385 مدني جزائري ، التي جاءت صياغتها واضحة الدلالة على عدم تطبيق الضمان على كافة البيوع القضائية والإدارية التي تتم عن طريق المزاد. فالمهم أن يتم البيع

---

(1) - د/ عبدالرزاق السنهوري : الوسيط، ج4 ، المرجع السابق ، ص 732 ، رقم 371 ، وانظر أيضا :

JEAN ESCARRA et JEAN REAULT : Traité Théorique et Pratique de Droit Commercial, Les Contrats Commerciaux , Les Ventes Commerciales, Par **JEAN HEMARD** . Librairie du Recueil Sirey - Paris 1953 , P 260 .

من طرف القضاء عن طريق المزاد. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في بلادنا في قرار لها يحمل رقم 101365 والصادر بتاريخ 1993/06/23 وقد جاء فيه على الخصوص " ... حيث يشير الطاعن الى ان العنب المباع كان مصابا بامراض الكرم وان البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب وبذلك فانه غش المشتري وكان على قضاة المجلس ان يبطلوا العقد المتنازع عليه طبقا للمادة 86 من القانون المدني .

لكن حيث انه من دراسة القرار المطعون فيه يتبين ان ابرام عقد البيع تم بعد المزاد العلني وبعد معاينة الاشياء المباعة .

وحيث انه كحرفي لا يمكن له الادعاء بالغش والتدليس ما دام ان البيع تم عن طريق المزاد العلني وانه بامكان المشتري ان يعاين الشيء المباع قبل المشاركة في المزاد العلني ..." [1].

وفي عقد الشركة كان لسكوت المشرع الفرنسي عن النص على ضمان العيوب الخفية في عقد الشركة سببا لنشوء خلاف بين الفقهاء حول تطبيق ضمان العيب على هذا العقد. وهكذا رأى البعض أنه في حالة وجود عيب في حصة الشريك لايجوز الرجوع بضمان العيب عليه. وإذا حصل ذلك فيكون عن طريق واحد وهو دعوى ضمان الإستحقاق[2]. بينما يرى آخرون أن المنطق والعدالة تقتضي الرجوع بضمان العيب الخفي في حالة وجود عيب خفي في حصة الشريك[3].

---

(1) - الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ص134 .

(2) - **MARTHE FOURNIER** : De La Protection des Parties Dans Les Ventes D'antiquités et D'objets D'arts , Thése Pour Le Doctorat , Dijon, Imprimerie du Palais , Dijon 1936 , P 86 .

(3) - **MARCEL PLANIOL et GEORGE RIPERT** : Traité Pratique de Droit Civil , 2emme edition Contrats Civil Francais , T. XI , L.G.D.J. Paris 1954 , P 285 . .

أما المشرع الجزائر فقد نص صراحة على تطبيق ضمان العيوب الخفية على حصة الشريك في عقد الشركة، وذلك في المادة 422 مدني جزائري التي نصت على أنه : " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو أستحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص، أما إذا كانت الحصة مجرد إنتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك "(1)، وبهذا النص أوصد المشرع الجزائري الباب أمام أي خلاف حول تطبيق ضمان العيب الخفي على هذا النوع من العقود.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 453 مدني جزائري على أنه : " إذا ظهر في الشئ عيب خفي واختار المقترض إستبقاء الشئ فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشئ المعيب .

أما إذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب فللمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب أو إستبدال الشئ المعيب بشئ خال من العيوب ".

وقدساير المشرع الجزائري في هذه المادة المشرعين الفرنسي والمصري والتونسي(2).

ويتضح من هذا النص أن الضمان يطبق أيضا على عقد القرض .

---

(1)- الفصل 1265 تونسي .

(2)- الفصل 1089 تونسي ينص على أنه : " على المقترض ضمان العيوب الخفية والإستحقاق حسبما قرر في البيع ". وأيضا المادة 1898 مدني فرنسي التي تحيل إلى المادة 1891 المتعلقة بالعارية :

ARTICLE 1891 : « Lorsque la Chose Pretteé à des Défauts Tels , Qu'elle Puisse Causer du Préjudice a celui Qui S'en Sert, Le Préteur est Responsable, S'il Connaisait les Défauts et N'en a Pas Averti L'imprunteur » .

ثانيا : العقود الواردة على الإنتفاع بالشئ

تطبق قواعد ضمان العيوب الخفية على عقود الإيجار أيضا. وقد نص على ذلك المشرع الجزائري صراحة في المواد من 488 إلى 490 من القانون المدني والتي الزم فيها المؤجر بضمان العيوب الموجودة بالعين المؤجرة، وكذا الصفات التي تعهد بوجودها صراحة إلا إذا كان المستأجر يعلم بوجود هذه العيوب أو أخطر بها وقت التعاقد، فإذا وجد عيبا بالعين المؤجرة جاز للمستأجر حسب الظروف إما فسخ العقد أو المطالبة بإنقاص الثمن أو إصلاح العيب.

وفي عقد العارية الأصل هو عدم ضمان المعير للعيوب الخفية، لأن العارية مثل الهبة تعتبر تمليك المنفعة دون مقابل ومن ثم لايوجد التزام بالضمان.

ومع ذلك فقد رأينا آنفا أن المشرع الفرنسي يلزم المعير في حالة وجود عيب يسبب ضررا للمستعير بتعويضه إذا كان يعلم بوجود هذه العيوب ولم يخطر المستعير بذلك.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 2/541 على أنـــه : " ...لاضمان عليه كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشئ منه لزمه تعويض المستعيرعن كل ضرر يسببه ذلك العيب".

ويتضح من هذا النص أن المعير لايضمن العيوب الخفية إلا إستثناء ، وهذا الإستثناء يكون في حالتين :

الاولى : حالة ما إذا كان المعير سئ النية، أي تعمد إخفاء العيب رغم علمه بالعيب فيتحمل جزاء سوء نيته .

والثانية : إذا صرح أو ضمن سلامة الشئ من العيوب .

أما المشرع التونسي فقد كان أكثر تفصيلا ، عندما نص في الفصل 1077 من مجلة الإلتزامات والعقود على أنه : " للمستعير أن يقوم بالخسارة على المعير في صورتين :

الأولى : إذا إستحقت العارية أثناء إنتفاعه بها .

الثانية : إذا كان بها عيوب اضرت بمن إستعملها ".

بينما نص الفصل 1078 من نفس المجلة على أنه : " لاضمان على المعير في الصور الآتية :

أولا : إذا كان غير عالم بموجب الاستحقاق أو مما كان في العارية من العيوب الخفية .

ثانيا : إذا كانت تلك العيوب أو الأخطار ظاهرة بحيث لاتخفى على المستعير.

ثالثا : إذا أعلم المستعير بوجود العيب أو الإخطار بموجب الإستحقاق

رابعا : إذا كان السبب الوحيد في المضرة هو تعدي المستعير أو تقصيره ".

ثالثا : العقود الواردة على العمل

1 - عقد المقاولة : نصت المادة 554 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ".

بينما نصت المادة 555 مدني جزائري على أنه : " إذا إقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم "[1]. كما نص المشرع الجزائري على بطلان الشرط الذي يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه (المادة 556). وأخيرا جعل تقادم دعوى الضمان في عقد المقاولة بمرور ثلاث سنوات يبدأ سريانها من حصول التهدم أو إكتشاف العيب (المادة 557) [2].

أما المشرع الفرنسي فقد ألزم في المادة 1646 مكررة الصادرة بمقتضى قانون 1978/01/04 المقاولين والمهندسين وكل الأشخاص المرتبطين برب العمل بواسطة عقد مقاولة بالضمان المقرر بالمادة 1792 وذلك عن كل ضرر حتى ولو كان ناتجا عن عيب في الأرضية إذا كان يخل بالإستعمال المعد له البناء .

2 - عقد الوديعة : عرفت المادة 590 مدني جزائري عقد الوديعة بقولها : "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا ".وعرف الفصل 995 تونسي الوديعة بقوله : "الوديعة شئ منقول يتسلمه شخص من آخر بمقتضى عقد يحفظه ويرده بعينه ".

والأصل أن الوديعة طبقا للمادة 538 مدني جزائري تكون بدون أجر، ولذلك فهي تخرج عن نطاق ضمان العيوب الخفية .

أما المشرع التونسي والمغربي فإذا كانا يتفقان مع المشرع الجزائري حول عدم الزام المودع بضمان العيوب الخفية إلا أنهما أوردا نصا الزما فيه المودع لديه بضمان هلاك الوديعة أو تعييبها

---

(1) - وهذه المادة مطابقة للفقرة الثانية من الفصل 876 تونسي .

(2) - وهذه المدة هي 05 سنوات في القانون التونسي .

إذا حدث ذلك بسبب المودع لديه او بتقصير منه[1]. كما نص المشرع التونسي في الفصل 1022 على أنه : " لاضمان على المستودع في صورتين :

أولهما : إذا هلكت الوديعة أو تعيبت من ذاتها أو بعيب فيها أو بتفريط من المودع .

ثانيهما : إذا كان هلاكها أو تعييبها متسببا عن أمر طارئ أو قوة قاهرة..." [2].

ومفهوم المخالفة لهذا النص أن المودع لديه لايضمن العيوب الخفية الموجودة في الوديعة أو تلك التي يترتب عنها هلاكها إلا في حالة ما إذا كان سبب الهلاك يرجع إلى تقصير منه.

ولايضمن المعير في عقد العارية العيوب الخفية، إلا إذا تعمد المعير إخفاء العيب عن المستعير أو ضمن سلامة الشئ منه، ففي هذه الحالة يلتزم بتعويض المستعير الضرر الذي يسببه ذلك العيب (المادة 541 مدني جزائري).

المطلب الثاني
مجال ضمان العيب الخفي في الشريعة الإسلامية

لايوجد خلاف كبير بين القانون الوضعي وما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة لنطاق أو مجال تطبيق ضمان العيب من حيث العقود.

والفرق الوحيد الذي يمكن الإشارة إليه هو أن فقهاء الشريعة

---

(1) - الفصل 1020 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، والفصل 806 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي.
(2) - الفصل 808 مغربي .

الإسلامية يلحقون بنطاق ضمان العيب بعض العقود التي تدخل بحسب الأصل ضمن مجال الأحوال الشخصية أو مجال الجنايات.

بينما يقسم بعض فقهاء الإسلام العقود من حيث خضوعها لضمان العيب من عدمه تقسيما عاما ويدرجها تحت أنواع ثلاثة[1]

.

ونشير بادئ ذي بذء أن عقد البيع يكاد يشكل النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي، ويأتي في مقدمة العقود التي يطبق عليها ضمان العيب. وهذا ما جعل معظم الأحكام العامة للخيار واردة في هذا العقد.

ويطلق فقهاء المذهب الحنفي على البيع عندما يتكلمون عن إنطباق ضمان العيب عليه عبارتي البيع والشراء[2]، لكونهم يقرون بوجود العيب في المبيع والثمن، فضمان العيب الخفي ـ حسب رأيهم ـ يثبت للمشتري إذا إشترى عينا معيبة، كما يمكن أن يثبت للبائع إذا وجد العرض الذي أخذه من المشتري معيبا. ويتفق في هذه المسألة مع الفقه الجعفري[3].

ويشمل ضمان العيب الخفي كقاعدة جميع أنواع البيوع بما في ذلك البيوع المستثناة من خيار الرؤية كبيع السلم وبيع الصرف، فقد جاء في بدائع الصنائع أن : "رأس مال السلم والصرف وسائر الإئتمان إذا كانت من النقدين فلا خيار رؤية فيها إلا فيما كان معيبا "[4].

ومع ذلك هناك من يرى أن ضمان العيب الخفي يشمل عقود

---

(1) - **الإمام إبن رشد** : بداية المجتهد ، ج2 ، المرجع السابق ، ص 197 .
(2) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : الرسالة السابقة ، ص 521 .
(3) - راجع الصفحة 20 من هذا البحث .
(4) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5، المرجع السابق ، ص 215 .

المعاوضات التي يكون فيها المبيع معينا بالتعيين، أما عقود المعاوضات التي يكون محل العقد غير معين كالسلم فلا يشملها ضمان العيب، لأن العبرة في هذا النوع الأخير من العقود هو بتحقق الأوصاف التي إشترطها المتعاقد في محل العقد. فإذا تحققت هذه الأوصاف ثبت البيع ، وإذا لم تتحقق رد البيع وهكذا[1].

كما تجب الإشارة الىأن ضمان العيب الخفي في الفقه الإسلامي وإن كان لايطبق كقاعدة على ما يسمى ببيع السلطان (البيوع القضائية الجبريـــة) إلا أن هذا الضمان يثبت للمشتري إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منـه، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية، حيث "يعتبرون ان ماباعه السلطان من أموال الناس فهو بيع براءة، وحكمه ـ أي بيع البراءة ـ أنه لايرد بعيب إلا أن يدلس فيه بائعه "[2].

كما يشمل ضمان العيب عقد الإيجار أيضا، ويكفي حسب فقهاء الشريعة الإسلامية أن تكون العين المؤجرة مشوبة بعيب خفي وأن يكون هذا العيب مؤثرا في منفعة العين، بعبارة أخرى لايشترط فقهاء الشريعة أن يكون العيب قديما أي سابقا على التسليم كما هو الحال في القانون الوضعي .

وقد قسم فقهاء الشريعة الاسلامية العيب الدي يصيب العين المؤجرة الى ثلاثة أنواع :

01 - عيب يصيب العين المؤجرة دون ان يكون له تاثير على

---

(1) - **الإمام محمد أبو زهرة** : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بيروت، 1977،

ص 404.

(2) - أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك : للشيخ **محمد بن حارث الخشني**، تعليق **الشيخ محمد الجدوب، د/محمد أبو الأجفان، د/عثمان بطيخ** : الدار العربية للكتاب، تونس، 1985 ، ص 131 ، رقم 174.

منفعتها .فهذا النوع لا يثبت به الحق في الرجوع بضمان العيب الخفي لان العقد وارد على المنفعة وليس العين .

02 - عيب يؤثر في المنفعة كلها . وفي هذه الحالة يفسخ العقد اذا اراد المستاجر ذلك ودون حاجة الى رضاء المؤجر .

03 - عيب يؤثر في بعض المنفعة دون ان يفوتها . فللمشتري الخيار بين الفسخ او امضاء العقد[1] .

كما يثبت الحق في ضمان العيب الخفي في عقد القسمة أيضا، فيجوز للمتقاسم الرجوع على شركائه بضمان العيب إذا إكتشف عيبا خفيا في النصيب الذي آل إليه، ويستوي أن تكون القسمة قد تمت بالتراضي أم عن طريق القضاء.

وقد جاء في حاشية إبن عابدين ما يلي : " إن قسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاثة : خيار الشرط والعيب والرؤية ... وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط "[2].

وجاء في الفقه المالكي انه " اذا قسم الشريكان عروضا فاطلع احدهما في نصيبه على عيب .فانه اذا اطلع على عيب في جميع نصيبه او في اكثره فانه يرده وتفسخ القسمة .اما اذا كان العيب في الاقل فلا تفسخ القسمة . ويكتفي بالرجوع بنصف قيمة العيب على شريكه[3] .

ويقوم ضمان العيب الخفي في عقد الصلح بمال أيضا على أساس أن هذا العقد يعتبر عقد معاوضة ومن ثم يكون حكمه حكم

---

(1) - **عبد الرحمن الجزيري** ،كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء الثالث المرجع السابق، ص 154-155.

(2) - **إبن عابدين** : حاشية رد المحتار ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 593 .

(3) - اصول الفتيا في الفقه على مذهب **الامام مالك** ، المرجع السابق ، ص144 .

البيع "[1].

وعلى خلاف القانون الوضعي يمتد مجال ضمان العيب الخفي في الشريعة الإسلامية إلى الأحوال الشخصية، أي يمتد إلى خارج المعاملات المالية، والجنايات. فقد أقر فقهاء الشريعة حق الرجوع بضمان العيب الخفي في بدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العبد.

ويعترف فقهاء الشريعة الإسلامية بوجود ضمان العيب الخفي في عقد النكاح، إذ يجوز لكلا الزوجين المطالبة بفسخ العقد في حالة وجود عيب في الطرف الآخر، وقد أخذ بهذا الرأي كل من المذهب المالكي والشافعي والحنبلي والزيدي.

فقد جاء في المذهب الشافعي : " انه إذا وجد الرجل إمرأته مجنونة أو مجذوبة أو برصا أو رتقا وهي التي أنسد فرجها أو قرنا وهي التي في فرجها لحم يمنع الجماع ثبت له الخيار ، وإن وجدت المرأة زوجها مجنونا أو مجدوبا أو ابرصا أو مجبوبا أو عنينا ثبت لها الخيار، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال : تزوج الرسول T إمرأة من بني عفار فرأى بكشحها بياضا، فقال لها النبي T ألبسي ثيابك والحقي بأهلك، فثبت الرد بالبرص بالخبر، وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص لأنها في معناه من منع الإستمتاع"[2].

كما أقر المالكية ثبوت الحق في الرجوع بضمان العيب لكل من الزوجين في حالة وجود عيب في الآخر، فقد جاء في مواهب

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج2، ص 54 . **إبن قدامة** : المغنى مع الشرح الكبير ، ج4 ، ص 11 .

(2) - **الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم** : المهذب ، ج1-الطبعة الثانية، القاهرة ، 1959 ، ص 48 .

الجليل : " يثبت الخيار لكل واحد من الزوجين لعيب صاحبه ولو كان به ذلك العيب أو غيره "[1]. ومن أمثلة العيوب التي ذكرها المالكية بالنسبة للزوج - ابتلاء الزوج بالجنون او الجذام أو البرص .ففي هذه الحالة يفرق بين الزوجين للضرر الدي قد يصيب المرآة فيفسخ العقد . أما بالنسبة للزوجة فقد حددوها بأربعة وهي -الجنون والجذام والبرص والعيب في الفرج وفيه انواع . فاذا توافرت هذه الحالات جاز للزوج ان يردها[2].

وهذا هو الرأي الذي أخذ به المذهب الحنبلي أيضا، إذ جاء في المغنى لإبن قدامة : " أن أي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جداما أو برصا، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء أوكان الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح "[3].

أما بالنسبة لفقهاء المذهب الحنفي فهم يفرقون بين عيوب المرأة وعيوب الرجل (الزوج أو الزوجة) .

فإذا كانت العيوب موجودة في الزوج يرى الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف أن الحق في الرجوع بضمان العيب الخفي يثبت للزوجة في نوعين من العيوب فقط، وهما : العنة والجب[4].

فلو كان الزوج عنينا أو مجذوبا ثبت للزوجة حق الرجوع بضمان العيب، أما ما عدا ذلك من العيوب فليس لها الحق في الرجوع بالضمان حسب الأحناف. هذا إذا كانت العيوب في الرجل

---

(1) - **الحطاب** : مواهب الجليل ، ج3، المرجع السابق ، ص 483 .
(2) - اصول الفتيا في الفقه على مذهب **الامام مالك** ، المرجع السابق ، ص 176- 175 .
(3) - **إبن قدامة أبو محمد عبدالله** : المغنى مع الشرح الكبير، ج7 ، القاهرة، 1347 هـ ، ص 579 .
(4) - ويأخذ حكم العنين ، عند الأحناف ، عيب المؤخذ والخصي والخنثى ، أنظر **الكاساني** : بدائع الصنائع، ج2 ، المرجع السابق ، ص 327 .

أي الزوج .

أما إذا كانت العيوب في الزوجة فلا يجوز للزوج إستعمال حق الرجوع بضمان العيب الخفي ، والعلة في ذلك ـ حسب رأيهم ـ أن للزوج وسيلة أخرى وهي إستعمال حقه في الطلاق لكن لايحق له المطالبة بفسخ العقد بسبب العيب، لأن ذلك يؤذي مشاعر المرأة ويضر بسمعتها، وما يدفعه الزوج لزوجته من مال بسبب الطلاق أهون لها وأخف من التشهير بها.

وقد جاء أنه : " ومن شروط ثبوت الخيار بهذه العيوب ألا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها في العقد أو بعد ه فرضي فلا خيار له "[1].

ويمكن أن نستخلص من الآراء السابقة لجمهور الفقه الإسلامي بخصوص عقد النكاح أنه يشترط لثبوت الحق في ضمان العيب فيه ألا يكون أحد الزوجين عالما بالعيب قبل العقد، وألا يكون قد رضي به بعد العقد، مع وجود خلاف في مدة الرجوع بالضمان ، فالشافعية يشترطون أن يتم الفسخ على الفور، بينما الحنابلة يرون أن ضمان العيب يثبت على التراخي ولايسقط الحق في الضمان مالم يوجد دليل على الرضا بالعيب، ولايجوز أن يتم الفسخ بالإرادة المنفردة بل يجب أن يكون ذلك بناء على حكم من القضاء ، لأن هذه العيوب عادة ما تكون محل جدل وخلاف بين الأطراف، ولذلك يرجع إلى القضاء لحل هذا الخلاف.

المبحث الثالث
مجال ضمان العيب الخفي من حيث المدة

اذا كان من واجب المشتري فحص المبيع عند تسلمه ، فهل

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج2، المرجع السابق، ص 328 .

يتعين على البائع فحص الشيء قبل تسليمه لاخطار المتعاقد معه بالعيوب التي قد تكون موجودة به .

واذا رجعنا الى نصوص القانون نجد ان المشرع قد رتب على اهمال المشتري في واجب الاخطار عن العيب خلال مدة معقولة اعتباره قابلا للمبيع بما فيه من عيوب ، ومن تم يسقط حقه في الضمان . ولم يحدد المشرع مدة معينة للاخطار ، وعليه يترك الامر الى قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية ، كما انه لم يبين شكلا معينا لهذا الاخطار .

اما الشريعة الاسلامية فهي عموما تاخذ بفورية الرجوع بالضمان ، أي ضرورة ان يتم الاخطار على الفور والا سقط حق المتعاقد في الرجوع بضمان العيب .

وفيما يلي توضيح هذه النقاط في كل من القانون والشريعة .

المطلب الأول
مجال ضمان العيب الخفي في القانـون الوضعـي

لقد عالجت جل التشريعات عنصر المدة في ضمان العيوب الخفية وأعطتها أهمية خاصة، ومن بين هذه التشريعات القانون المدني الجزائري الذي فرض على المتعاقد الذي تقرر له حق الرجوع بضمان لعيوب الخفية ، أن يخطر المتعاقد الأخر بالعيب بمجرد إكتشافه، وذلك خلال مدة معقولة ، كما ألزمه بأن يرفع دعواه خلال مدة معينة وإلا سقط حقه في الرجوع بالضمان، ومن جهة أخرى من واجب البائع إخطار المشتري بعيوب المبيع إذا كان يعلمها.

وسنبين فيما يلي مصدر الالتزام بالإخطار ثم مضمون هذا

الإلتزام .

أولا : مصدر الالتزام بالإخطار بالعيب

يعبر الفقه الفرنسي عن واجب البائع بإخطار المشتري بالعيب بعبارة Obligation de Renseignement وقد إختلفت وجهات نظر الفقهاء حــول هذا الواجب .

فذهب البعض الىأن نصوص القانون المدني الفرنسي لايوجد بها ما يشير إلى هذا الإلتزام، وأن هذا القانون لايلزم البائع إلا بضمان العيوب الخفية، ولو أن صاحب هذا الرأي يقر بعد ذلك بأن القضاء يعترف بوجوده[1].

في حين يرى البعض الآخر أن الإلتزام بالإخطار بالعيب يجب أن يسبق إبرام أي عقد من العقود. وأن مصدر هذا الإلتزام هو المواد 1626 - 1641 - 1721 من القانون المدني الفرنسي، كما أن المادة 1891 مدني فرنسي تنص صراحة على هذا الإلتزام حيث تقول : " إذا كان الشئ المعار مشوبا بعيوب تنتج ضررا للمستعير فإن المعير يكون مسؤولا إذا كان يعلم بهذه العيوب ولم يخطر بها المستعير "[2].

ولذلك يعتقد صاحب هذا الرأي أنه يجوز طبقا لهذا النص التوسع في تطبيق واجب الإخطار عن طريق القياس[3].

(1) - **H. MAZAUD** : La Responsabilite Civil du Fabricant : R.T.D.C. 1955 , P 618.

(2) - وهذ نص المادة 1891 مدني فرنسي :

« Lorsque la Chose Préteé a des Défauts tels , Qu’elle Puisse Causer du Préjudice a Celui Qui S’en Sert, Le Preteur est Responsable , S’il Connaissait Les Défauts et N’en a pas Averti L’emprunteur ».

(3) - **DE JUGLART** : L’obligation de Renseignement dans Les Contrats : R.T.D.C. 1945, P 1 et S.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1/111 من قانون حماية وإعلام المستهلك صراحة على هذا الإلتزام بقوله : " يجب على كل بائع مهني للأموال أو الخدمات قبل إبرام العقد أن يمكن المشتري من معرفة العناصر الأساسية للشئ أو الخدمة "(1).

ويتوسط هذين الرأيين رأي ثالث ، ينتقد الرأيين السابقين لتطرفهما فيرى أن الإلتزام بالإخطار لايصح القول بوجوده في كل العقود لأن ذلك سيؤدي إلى وجود عقبة أمام حرية التجارة، فإذا تعاقد شخص دون القيام بهذا الإلتزام فلا يعتبر ذلك خطأ منه، لكن الضرورات العملية ومبدأ حسن النية الواجب توافره في العقود يقتضي وجود هذا الالتزام .

وعليه يجب ـ حسب هذا الرأي ـ أن ينص القانون على هذا الإلتزام صراحة فإذا وجد مثل هذا النص فذلك يعتبر إستثناء عن الأصل، والإستثناء لايقاس عليه(2). ولم يتناول المشرع الجزائري هذا الواجب بالنسبة للبائع .

أما بالنسبة للمشتري فقد حسم هذا الخلاف بنصه صراحة في المادة 380 من القانون المدني على أنه : " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل أعتبر راضيا بالمبيع .

غير أنه إذا كان العيب مما لايظهر بطريق الإستعمال العادي، وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك،

---

(1) - **ART. 111/1** : « Tous Professionnel Vendeur de Bien ou Prestataire de Services . Doit , Avant la Conclusion du Contrat, Mettre Le Consomateur en Mesure de Connaitre les Caracteristiques essentielles du Bien ou du Service ».

(2) - **BOCCARA** : Dol, Silence et Reticence. Gaz du Pal. 1953 , Doctrine , P 24 .

وإلا أعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب "[1].

كما نص في المادة 383 ق م ج على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد إنقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل، مالم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول ".

ويتضح من هذين النصين والنصوص المقابلة لها في القانون المقارن أن لضمان العيوب الخفية مدتين :

الأولى قصيرة وهي التي يجب على المشتري إخطار البائع خلالها بالعيب بمجرد إكتشافه .

والثانية طويلة نسبيا وهي المدة التي يجب أن ترفع خلالها دعوى الضمان وإلا سقط هذا الحق .

ثانيا : مضمون الإلتزام بالإخطار

ويتضمن هذا الإلتزام بالنسبة للبائع ضرورة إخطار المشتري في عقد البيع والمستأجر في عقد الإيجار عن حالة الشئ وكيفية إسعماله، وعلى الخصوص بيان الإستعمالات التي ينتج عنها خطرا للمتعاقد[2].

ويبدو هذا الإلتزام بشكل واضح في عقود بيع الأشياء المستعملة D'occasion فيجب على بائع السيارة المستعملة إخطار المشتري عن سنة صنع السيارة والمسافة التي قطعتها والعيوب الموجودة بها[3].

---

(1) - ويقابل هذا النص المواد 449 مصري ، 672 تونسي ، 540 يمني .

(2) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 115 .

(3) - **HENRI ROLAND** : Observations Sur la Vente des Véhicules D'occasion D.1959. Chroniques , P 167 .

أما عن كيفية إستعمال الشئ، فإن مقتضيات حسن النية الواجب توافره في العقد يقتضي على البائع أو المؤجر مثلا أن يخطر المشتري أو المستأجر عن إستعمالات الشئ المختلفة لكونه أكثر إطلاعا على هذه الإستعلامات.

ويظهر هذا الإلتزام بشكل خاص في بيع الأشياء الخطرة، فالبائع يكون ملزما في مثل هذا النوع من البيوع بتقديم كافة البيانات اللازمة عن كيفية إستعمال الشئ.

ولعل هذا هو السبب الذي جعل البعض يربط الإلتزام بالإخطار عن العيوب بالتزام أوسع منه وهو مايسمى بالإلتزام بالسلامة[1] Obligation de Securité بل لقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب على المؤجر ـ في منطقة يكثر فيها الجليد في الشتاء ـ أن يتوقع خطر الجليد الذي يسبب منع مرور المياه، وعليه إتخاذ الإجراءات اللازمة لتجنب الأضرار التي قد تصيب المستأجر من جراء ذلك .

وهكذا أصبح على عاتق البائع ليس فقط الإلتزام بضمان العيوب الخفية بمعناه الضيق، بل أصبح هذا الإلتزام يشمل حتى الأخطار المتوقعة مستقبلا، أو مايسمى بالإلتزام بالتوقع Obligation de Prevision[2] .

أما بالنسبة للمشتري فإن بعض التشريعات قد حددت المدة التي يتم الإخطار خلالها ، ومن ذلك ما نص عليه الفصل 553 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي بقوله : " إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة عدا الحيوانات وجب على المشتري أن يفحص المبيع فورا، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه خلال

---

(1) - أنظر في تفصيل هذا الموضوع **B.Gross** المرجع السابق ، ص 208 .

(2) - يرنار قروس المرجع السابق ، ص 211 إلى 216 .

السبعة أيام التالية للتسليم.

وإذا لم يجر ما سبق ، أعتبر الشئ مقبولا ، مالم تكن العيوب مما لايمكن التعرف عليها بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته من فحص الشئ المبيع ، وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشئ فور إكتشافها، فإن لم يحصل الإخطار أعتبر الشئ مقبولا، ولايسوغ للبائع سئ النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير ".

والفصل 652 تونسي مطابق تماما إذ ينص على أنه : " إذا بيع شئ من المنقولات ماعدا الدواب فعلى المشتري أن يقلبه عند وصوله فإن ألقى به عيبا وجب عليه إعلام البائع بذلك حالا وإن لم يعلمه في السبعة أيام الموالية ليوم وصول المبيع له أعتبر سكوته قبولا .

إلا إذا كانت تلك العيوب من شأنها أن تخفى عند التقليب على من لم يتأمل، أو إذا حصل للمشتري مانع عاقه من التقليب. وفي هاتين الحالتين يجب عليه إعلام البائع بمجرد إطلاعه على العيب وإلا أعتبر راضيا ، هذا إذا كان البائع غير مدلس ، وإلا فلا يعد سكوت المشتري رضاء "(1).

أما القانون المدني الجزائري ـ وكذلك الفرنسي والمصري واليمني ـ فلم يحدد مدة معينة للإخطار مكتفيا بإلزام المشتري بالتحقق من حالة المبيع بمجرد التمكن من ذلك ـ حسب المألوف في التعامل ـ وأن يخطر البائع إن اكتشف عيبا خلال مدة معقولة (المادة 380 ق م ج التي سبقت الإشارة إليها آنفا).

وعليه يقع على عاتق قاضي الموضوع تحديد هذه المدة وذلك

---

(1) - المادة 446 موجبات وعقود لبناني مطابقة .

حسب العرف الجاري وطبيعة المبيع .

وفي إعتقادنا أن موقف المشرع الجزائري والفرنسي والمصري هو أقرب إلى المنطق القانوني، ذلك أن تحديد مدة معينة للإخطار (لاسيما إذا كانت قصيرة حسب القانون المغربي والتونسي) قد يغطي على كثير من العيوب التي لاتظهر عادة إلا بعد إستعمال الشئ مدة أطول نسبيا، الأمر الذي يجعل دعوى الضمان من غير ذي فائدة بالنسبة للمشتري حتى ولو كان العيب الذي يكتشفه بعد مضي 07 أيام يؤثر بشكل واضح على الإستعمال المعد له الشئ ، وبذلك يحرم المشتري من حقه في الرجوع بضمان العيب الخفي.

وأخيرا تجب الإشارة إلى أن القانون لايشترط توافر شكل معين للإخطار فيجوز أن يكون هذا الإخطار على شكل إنذار بواسطة المحضر القضائي أو بخطاب مسجل أو حتى شفاهة أو عن طريق الهاتف، ويقع عبء إثبات حصول الإخطار على عاتق المشتري وذلك بكافة الطرق بما في ذلك البينة والقرائن باعتبار ذلك واقعة مادية.

كما أن عدم قيام المشتري بإخطار البائع بالعيب يترتب عليه رفض دعوى ضمان العيب الخفي لأن الإخطار حسب النصوص السابقة ليس أمرا إختياريا للمشتري وإنما هو أمر إلزامي.

أما مدة رفع دعوى الضمان (التقادم) فهي سنة يبدأ إحتسابها من تاريخ تسليم الشئ للمشتري . وعلى كل سنعود إلى الكلام عن الإخطار ومدة رفع الدعوى بشئ من التفصيل لاحقا.

المطلب الثاني
مجال ضمان العيب الخفي في الشريعة الإسلامية

يمكن القول أن هناك شبه إجماع لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحق في الرجوع بضمان العيب الخفي ليس له وقت محدد ، وإنما يثبت هذا الحق عند ظهور العيب في كل حالة على حدة. كما يبقى الحق في الضمان قائما مهما طالت المدة بين تاريخ إبرام العقد ووقت إكتشاف العيب.

ويمكن حصر آراء الفقهاء بخصوص هذه المسألة في ثلاث إتجاهات رئيسية: الأول يرى ضرورة أن يتم الرجوع بالضمان على الفور، أي يجب أن يستعمل حق الخيار فور ثبوته او بمجرد إكتشاف العيب.

والثاني يرى أن الرجوع بالضمان يتم على التراخي، ولو أن هذا الرأي قد تدرج في بيان المدة التي يجب إستعمال هذا الحق خلالها .

أولا : فورية الخيار

يعتبر فقهاء الشافعية أكثر دفاعا عن فكرة فورية الخيار[1]، فحسب رأي فقهاء هذا المذهب يجب إستعمال حق الرجوع بضمان العيب الخفي (أو الرد بالعيب على حد تعبير بعضهم) فورا. أي بمجرد إكتشاف العيب. فإذا وجد المشتري عيبا في المبيع وجب عليه أن يبادر برد هذا المبيع فورا . وعليه إذا تأخر المشتري في إستعمال هذا الحق بدون عذر مقبول سقط حقه في الضمان، وقد ورد في روضة الطالبين أن "الرد بالعيب على الفور فيبطل

(1) - **الإمام الشربيني** : في مغنى الحتاج، ج2، المرجع السابق ، ص 56 . **الرملي** : نهاية المحتاج ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 47 .

بالتأخير بلا عذر، ولايتوقف على حضورالخصم وقضاء القاضي، والمبادرة إلى الرد معتبرة بالعادة "[1].

وجاء في المهذب للإمام الشيرازي أنه :" إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يحل إما ان يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص ، فإن كان باقيا على جهته واراد الرد لم يؤخره ، فإن آخره من غير عذر سقط الخيار، لأن خياره ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الشفعة[2].

وورد في نهاية المحتاج للإمام الرملي " أن الرد على الفور إجماعا، بأن يرد المشتري المبيع المعيب حال إطلاعه على عيبه، لأن الأصل في البيع اللزوم، فيبطل بالتأخير من غير عذر "[3].

ويستند فقهاء الشافعية على قولهم بفورية الرد على دليلين إثنين هما :

1 - أن الأصل في البيع اللزوم، وضمان العيب ثابت بالإجماع، والقدر المحقق من الإجماع هو ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لم يرد عليه إجماع ولاقياس.

2 - أن ضمان العيب يستدل عليه بالقياس على خيار الشفعة، فكما يكون خيار الشفعة على الفور يكون خيار العيب على الفور أيضا[4].

---

(1) - **الإمام النووي** : روضة الطالبين ، ج3 ، ص 476 .مشار اليه في رسالة عبد الله عبد الله محمد العلفي ، المرجع السابق ص 532 .

(2) - **الشيرازي** : المهذب ، ج2 ، ص 284 . مشار اليه في رسالة عبد الله عبد الله العلفي ، المرجع السابق ، ص 532 .

(3) - **الرملي** : نهاية المحتاج ، ج2 ، ص 47 .

(4) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 533 .

وللعرف والعادة دور كبير ـ في نظر فقهاء الشافعيـة ـ في بيان كيفية الرد بالعيب، ويقدم هؤلاء الفقهاء أمثلة عن كل حالة ، ومن ذلك ماجاء في روضة الطالبين للإمام النووي ، ومغنى المحتاج للإمام الشربيني الخطيب وغيرهما ان المشتري غير ملزم بالعدو ليرد المبيع، فإذا كان هذا الأخير منشغلا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله تأخير الرد إلى الإنتهاء منها. وكذلك اذا تاخر او تراخى لعذر مقبول كالمرض أو الخوف من لص أو حيوان مفترس فان حقه في الرجوع بضمان العيب الخفي لا يسقط . وإذا كان البائع غائبا رفع الأمر إلى القضاء ، ولو لقي المشتري البائع فسلم عليه لم يصر، فلو إشتغل بحديث معه بطل حقه في الرد بالعيب ، لأن إشتغاله مع البائع بالحديث يعد تراخيا يؤاخذ عليه المشتري، وإذا سقط حق المشتري في الرد سقط حقه في التعويض تبعا لذلك[1].

ثانيا : تراخي الخيار

عاى عكس الشافعية يتفق جمهور الفقه الإسلامي الآخر بالإجماع تقريبا على عدم فورية الرد، ولو أن هذا الجمهور قد إختلف في وضع الحدود لهذا التراخي، ويمكن رد هذه الإختلافات إلى ثلاثة آراء نجملها فيما يلي :

1 - الرأي الأول وهو رأي المذهب المالكي يذهب أصحابه الى أن الرد يجب أن يتم خلال يوم أو يومين على الأكثر، إعتبارا من يوم إكتشاف العيب . وعليه إذا كشف المشتري العيب وبادر إلى رده في اليوم الأول قبل منه هذا الرد، من غير حاجة إلى يمين بأنه رضي به. وإن رد المبيع في اليوم الثاني قبل منه هذا الرد مع يمينه بأنه مارضي به، أما إذا رد المبيع بعد إنقضاء يومين فلا يقبل

(1) - **النووي** : روضة الطالبين ، المرجع السابق ، ص 477 .
- **الرملي** : مغنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 57 .

منه حتى مع يمينه، وهذا هو ماجاء في حاشية الدسوقي من أنه : " إذا أطلع البائع وسكت ثم طلب الرد فإن كان سكوته لعذر رد مطلقا طال الوقت أم لا بلا يمين، وإن كان سكوته بلا عذر فإن رد بعد يوم ونحوه ، أجيب لذلك مع اليمين، وإن طلب الرد قبل مضي يوم أجيب لذلك من غير يمين، وإن طلب الرد بعد أكثر من يومين فلا يجاب ولو مع اليمين "[1].

وجاء أيضا في حاشية الصاوي أنه : " إذا أطلع (البائع) علـــى العيب وسكت ثم طلب الرد، فكان لسكوته عذر سفر أو غيره رد مطلقا طال (الوقت) أو لا بلا يمين، وإن كان سكوته بلاعذر، فإن رد بعد يـــوم أو نحوه، أجيب لذلك مع اليمين، أنه لم يرض، وإن طلب الرد قبل مضـــي يوم اجيب لذلك من غير يمين، وإن طلب بعد أكثر من يومين فلا يجــاب ولو مع اليمين"[2].

وواضح مما تقدم أن رأي المالكية لايبتعد كثيرا من رأي الشافعية، والفرق الوحيد أن الشافعية لايحددون المدة، بينما المالكية يحددونها بيوم أو يومين ، ويتفقان حول قصر مدة الرجوع بالضمان عموما، ويبدو أن المالكية قد إعتبروا أن عدم مبادرة المشتري برد المبيع بعد مرور يومين يشكل دليلا على رضاء هذا الأخير بالمبيع بالحالة التي هو عليها .الا اذا كان هناك عذر مقبول على النحو الدي سبق بيانه . ويقول المالكية انه اذا كان البائع غائبا فعلى المشتري ان يشهد على عدم رضائه بالعيب . واذا كانت عودة البائع قريبة يجب على المشتري ان يرده علىوكيله .اما ان كانت

---

(1) - **محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي** حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج 3 ، دار احياء الكتب العربية ، ص 121 . (بدون تاريخ).

(2) - **حاشية الصاوي مع الشرح الصغير** : ج4 ، ص 220 .مشار اليه في رسالة **عبد الله عبد الله العلفي**

المرجع السابق ص -535 .

غيبة البائع بعيدة فللمشتري اما ان ينتظره او يرفع امره الى القضاء الدي يجوز له ان يحكم بالرد في غيبة البائع[1] .

2 ـ الرأي الثاني هو رأي وسط ويستند إلى حديث المصراة المشهور الذي يردده فقهاء الشريعة في مؤلفاتهم باستمرار والذي رواه أبي هريرة Z أن النبي T قال : { لا تصروا الإبل والغنم فمن أبتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء امسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر }[2].

وقد جاء أنه : " وحكم المصراة أن من إشترى مصراة وهي ما كان يحلب من إناث الحيوان وهو يظنها لبونا فوجدها قد ربط ضرعها حتى أجتمع اللبن، فلما أتضح له الأمر فله الخيار ثلاثة أيام، فإن شاء أمسك ولاشئ له، وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر ولابد، وسواء إشتراها بكثير أو بقليل ولو بعشر صاع تمر، فإن ردها بعيب آخر غير التصرية لم يلزمه رد التمر ولاشئ غير اللبن الذي كان في ضرعها إذا إشتراها، فإن إنقضت الثلاثة أيام ولم يردها بعد لزمته وبطل خياره إلا من عيب آخر غير التصرية... وبرهان ذلك قيل من أن أباهريرية قال : قال أبو القاسم T { من إبتاع محفلة أو مصراة فهو بالخيار ثلاثة ايام إن شاء أن يمسكها أمسكها وإن شاء أن يردها ردها وصاعا من تمر لاسمراء }[3].

وهكذا يعتبر أصحاب هذا الرأي أن المشتري ملزم برد المبيع خلال ثلاثة أيام من تاريخ إكتشاف العيب وإلا سقط حقه في الخيار،

---

(1) - **عبد الرحمن الجزيري**، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص200 .

(2) - وفي رواية عن أبي هريرة فهو بالخيار ثلاثة أيام، أنظر **الشوكاني** : نيل الأوطار ، ج5 ، ص 214 .مشار

اليه في رسالة **عبد الله عبد الله العلفي** ، المرجع السابق ، ص 535 .

(3) - المحلى **لإبن حزم** : المرجع السابق ، مسألة رقم 1571 ، ص 66 .

وهو رأي لبعض فقهاء الإباضية[1].

3 - ومودى هذا الرأي أن ضمان العيب الخفي لايتم على الفور إنما يثبت على التراخي، ولايسقط إلا بما يدل على الرضا به. وبعبارة أخرى فأن ضمان العيب لايسقط بمرور الزمن بل يبقى مستمرا إلى غاية حدوث أمر يدل على سقوطه وهو الرضا بالعيب، وهذا الرأي هو السائد عند فقهاء المذهب الحنفي، فقد جاء في حاشية إبن عابدين أنه : " وهو أي خيار العيب بعد رؤية العيب على التراخي على المعتمد..فلو خاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد مالم يوجد مبطلة لدليل الرضا[2].

وقد أخذ بهذا الرأي فقهاء المذهب الحنبلي أيضا. فقد ورد في شرح منتهى الإرادات أن " خيار العيب متراخي لأنه لدفع ضرر متحقق فلا يسقط بالتأخير كالقصاص، فلايسقط خيار البيع إلا أن وجد دليل رضاه كتصرفه في مبيع عالما بعيبه ونحوه "[3]. كأن يتصرف فيه عن طريق الإيجار أو إعارة وهو عالم بعيبه واستعماله، فقد ورد في فتاوى إبن تيمية أنه : " وخيار العيب على التراخي عند جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد في ظاهر مذهبهما، ولهما قول ـ بمذهب الشافعي ـ بأنه على الفور فإذا ظهر ما يدل على الرضا من قول أو فعل سقط خياره بالإتفاق، فإذا بني

---

(1) - حاشية **عمر أبو ستة** مع كتاب الإيضاح، ج5 ، ص 248، مشار إليه في رسالة **عبدالله عبدالله العلفي** :
المرجع السابق، ص 535 .

(2) - **إبن عابدين** : حاشية رد المحتار ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 32.
ـ **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 178 .

(3) - **البهوتي** : شرح منتهى الإرادات ، ج2 ، ص 179، مشار اليه في رسالة **عبد الله عبد الله العلفي**
المرجع السابق -ص 536 .

بعد علمه بالعيب سقط خياره "[1].

وورد عن نفس الفقيه أيضا أنه : " دابة لم يعلم أحد المتبايعين بها عيبا فمكثت عنده مقدار شهر ثم وجد بها عيبا .

أجاب : إذا ظهر بها عيب قديم قبل البيع ولم يكن علم به فله أن يردها بذلك العيب مالم يظهر منه ما يدل على الرضا به "[2].

كما أخذ بهذا الرأي أيضا فقهاء الزيدية والإمامية ، وهو الرأي السائد عند الإباضية[3].

ويستدل أصحاب هذا الرأي في قولهم بتراخي الحق في الرد بضمان العيب بأن هذا الحق لم يثبت إلا لدفع ضرر محقق، ومن هنا فهو لايسقط بتأخير الرد قياسا على القصاص ، إلا إذا وجد دليلا على الرضا بالعيب ، كأن يصدر تصرف من جانب المشتري يدل على رضائه بالمبيع وما فيه من عيوب. كما أن الرد لا يشترط رضاء البائع أو حضوره او صدور حكم من القاضي سواء كان هذا الرد قبل القبض أو بعده[4] .

ونعتقد أن الأساس الذي إستند عليه هذا الرأي الأخير هو محل نظر وغير مقنع، ويتنافى مع مبدأ حرية التجارة وما تقتضيه هذه الأخيرة من سرعة ومرونة ولاسيما في العصر الحالي.

والسبب الذي جعلنا نتحفظ على مبررات هذا الرأي هو أن الخيار بالمعنى الوارد في الفقه الإسلامي يجعل العقد غير ملزم أي

---

(1) - مجموع فتاوى **إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 366 .

(2) - مجموع فتاوى **إبن تيمية** : المرجع أعلاه ، ص 394 .

(3) - **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 536 ، والمراجع المشار إليها في الهامش.

(4) - **عبد الرحمن الجزيري**، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص200 .

مهدد بالفسخ من حين لآخر، وهذا الأمر لو ترك بدون ضابط وبلا حدود سيؤثر لا محالة في إستقرار المعاملات ويزعزع الثقة بين المتعاملين.

فضلا عن أن تراخي المشتري في رد المبيع لايمكن تفسيره سوى أنه رضاء بالمبيع بالحالة التي هو عليها.

وأخيرا فإن إطلاق ضمان العيب على النحو السابق قد يجعل أحد المتعاقدين تحت رحمة صاحب الحق في الضمان وهو أمر غير مقبول في ميدان التعامل لكونه يشكل عقبة أمام حركة التجارة وتداول السلع كما قلنا.

وعليه نعتقد أن الرأيين الأول والثاني هما الأقرب إلى المنطق والعدل، فضلا عن كونهما أكثر تطابقا مع حديث الرسول T المتعلق بالمصراة والتي سبقت الإشارة إليه، من هنا يجب أن يمنح المتعاقد مدة محددة يجوز له إستعمال الحق في الرجوع بضمان العيب خلالها، أما بعد فوات هذه المدة فليس من العدل ولا المنطق أن يبقى المتعاقد الآخر تحت رحمة صاحب هذا الحق .

الباب الثاني

أحكام ضمان العيب الخفي

وأساسه القانوني

الباب الثاني

أحكام ضمان العيب الخفي واساسه القانوني

تناولنا في الباب الأول من هذه الدراسة شروط العيب الخفي الموجب للضمان في فصل أول، ثم بينا مجاله من حيث الأشخاص والمدة والعقود في فصل ثاني، وسنتناول في هذا الباب الثاني أحكام ضمان العيب، نخصص الفصل الأول لاثار دعوى الضمان، و الفصل الثاني إنتقال الحق في ضمان العيب وسقوطه، ونختم هذا الباب بالكلام عن أساس اوالطبيعة القانونية لنظرية العيوب الخفية، في فصل ثالث وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

آثار دعوى ضمان العيب الخفي

الفصل الأول
آثار ضمان العيب الخفي

إذا توافرت شروط العيب الخفي على النحو الذي سبق بيانه وقام صاحب الحق في الخيار (المشتري أو المستأجر مثلا) بإخطار البائع بالعيب في الوقت المناسب نشأ الحق في الخيار ومن ثم جاز له الرجوع على بائعه بدعوى الضمان، وهذه الدعوى تتخذ صورتين هما دعوى الفسخ أو رد المبيع Action Rédhibitoire. ومفادها أن يرد المشتري المبيع للبائع ويسترد الثمن ، والثانية هي دعوى انقاص الثمن Action Estimatoire وهي أن يتمسك المشتري بالعقد فيحتفظ بالمبيع المعيب مقابل حصوله على تعويض يساوي النقص الناجم عن العيب .

بالإضافة إلى هاتين الدعويين يكون للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء العيب الموجود بالمبيع ، أو التنفيذ العيني.

وسنتناول هذه النقاط على التوالي ، ولكن بعد أن نعرض لحق المشتري في الخيار بين دعوى رد المبيع ودعوى انقاص الثمن .

المبحث الأول
حق المتعاقد في الخيار بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن

يترتب على وجود العيب الخفي الموجب للضمان في محل العقد نشوء حقوق للمتعاقد ،فما مدى تمكنه من الخيرة بين هذه الحقوق ؟

بالرجوع الى القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية نجدها قد وضعت مبدأ أجازت فيه للدائن بالضمان حق الخيرة بين دعويي الضمان . كما اوردت استثناءات على هذا المبدأ .

وعليه سنتكلم عن حق الخيار بين دعوى رد المبيع ودعوى انقاص الثمن في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية وذلك في مطلبين على التوالي :

المطلب الأول
حق الخيار في القانون الوضعي

أجازت المادة 376 قانون مدني جزائري للمشتري في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع او في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارته قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، أن يطالب البائع إما برد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه أو إحتفاظ به والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد الجزئي عن المبيع.

وهذه المادة وإن كانت تتعلق بضمان الإستحقاق إلا أنها تطبق أيضا على ضمان العيوب الخفية وذلك تطبيقا للمادة 381 قانون مدني جزائري التي أحالت إليها والتي تنص على أنه : " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود بالمبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للماة 376 ".

وأول ملاحظة يمكن إبدائها عن نص المادتين 381 و 376 أن المشرع الجزائري قد سوى بين ضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية سالكا في ذلك مسلك المشرع المصري، والحجة في ذلك هو أن مرد الضمانين إلى أصول واحدة في القواعد العامة .

كما أن المشرع لايفرق بخصوص حق الخيار الممنوح

للمشتري بين الدعويين بين البائع حسن النية والبائع سئ النية، فهذا الحق يبقى قائما للمشتري في الحالتين.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 655 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على أنه : " إذا وجب الرد لثبوت العيب أو لفوات الوصف،كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن، فإن إختار عدم رد المبيع فلا حق له في تنقيص الثمن وإنما يكون له الحق في طلب تعويض الخسارة في الصور الآتية :

أولها : إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم وجود الوصف الموعود به ولم يشترط البراءة منه، والبائع محمول على العلم بذلك إن كان تاجرا أو صانعا وباع شيئا من متعلقات تجارته أو صناعته.

ثانيهما : إذا صرح بعدم وجود العيب في المبيع إلا إذا كان ذلك العيب لم يظهر إلا بعد البيع أو كان البائع معتقدا سلامته .

ثالثهما : إذا كان المبيع خاليا عن الوصف الذي إشترط فيه صراحة أو الذي يوجب عرف التجارة وجوده فيه " .

كما نص المشرع المغربي في الفصل 556 من قانون الإلتزامات والعقود على أنه : " إذا ثبت الضمان بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة كان للمشتري أن يطلب فسخ المبيع ورد الثمن، وإذا فضل المشتري الإحتفاظ بالمبيع لم يكن له الحق في أن ينقص الثمن، وللمشتري الحق في التعويض .

1 - إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه بيع بغير ضمان، ويفترض هذا العلم موجودا دائما إذا كان البائع تاجرا أو صانعا وباع منتجات الحرفة التي يباشرها .

2 - إذا صرح البائع بعدم وجود العيب مالم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجهلها بحسن نية .

3 - إذا كانت الصفات التي يثبت خلو المبيع منها قد إشترط وجودها صراحة أو كان عرف التجارة يقتضيها ".

وتجب الإشارة بادئ ذي بدء الى أن هناك فرقا واضحا بين النص الجزائري والنصين التونسي والمغربي، فالأول سوى ـ كما قلنا ـ بين ضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية ، كما أنه لم يميز بالنسبة لحق الخيار بين البائع حسن النية والبائع سئ النية، أما المشرعين التونسي والمغربي فقد نصا صراحة على حق الخيار الممنوح للمشتري ي حالة وجود عيب خفي دون أن يدمجا هذا الحق بحالة ضمان لإستحقاق كما فعل المشرع الجزائري، كما أنهما قد فرقا بين حالة كون البائع سئ النيبة أو حسن النية عند طلب المشتري التعويض .

وأيا ما كان الأمر يمكن أن نستخلص من نص المادة 376 مدني جزائري أن المشرع ميز فيه بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، حيث أجاز للمشتري في حالة العيب الجسيم أن يرد المبيع وما أفاد منه وأن يحصل منه على التعويض الكامل طبقا للمادة 376 الخاصة بالإستحقاق الكلي ، وإما أن يحتفظ بالمبيع والمطالبة بالتعويض عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب العيب، سواء كان هذا التعويض تعويضا نقديا أو عينيا، أي إصلاح المبيع إن كان ذلك ممكنا[1].

وحق الخيار الممنوح للمشتري لايعطيه الحق في إستعمال إحدى الدعويين فقط بل يجيز له المطالبة بالدعويين معا حسب

---

(1) - **د. عبدالسيد تناغو** : المرجع السابق، ص 325، رقم 77 . ـ **د. عبدالعزيز عامر** : عقد البيع ،الناشر دار النهضة العربية (المطبعة العالمية)القاهرة 1967 ، ص 309 ، رقم 203 . **د. أنور سلطان** : المرجع السابق ، ص 258 . **د. شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق، ص 276 ، رقم 200 .

البعض، وعلى المحكمة أن تقرر الحل المناسب وذلك حسب أهمية وتأثير العيب على الإستعمال المعد له الشيء(1).

بل لقد ذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى القول بأن دعويي الضمان الممنوحتان للمشتري ليستا إلا ممارسة لحق واحد وهو ما يؤدي إلى القول بوحدة الطلب، وعليه إذا كان المدعي بالضمان قد رجع بدعوى الفسخ (الرد) ثم غير رأيه وطلب إنقاص الثمن فلا يكون قد قدم طلبا جديدا، بل يمكن إستعمال حق الخيار حتى أمام جهة الإستئناف(2).

ولكن السؤال الذي قد يتبادر إلى الذهن هو : هل يجوز للمشتري أن يستعمل حق الخيار عن طريق الدفع أيضا ؟.

الجواب على هذا التساؤل مرده الى ثلاثة أراء نوجزها فيما يلي :

الرأي الأول : ويشترط أن يستعمل المشتري حقه في الخيار بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن عن طريق دعوى أصلية وليس عن طريق الدفع، وقد أخذت بهذا الرأي بعض المحاكم الفرنسية. حيث منعت المشتري من إستعمال حق الخيار عن طريق الدفع(3) .

الرأي الثاني : فهو وإن كان لايأخذ بالدفع هو الآخر إلا أنه يعترف بقبول دعوى المشتري إذا كانت تتمثل في طلب مقابل أو

(1) - **DANIEL - HUET - WEILLER** : OP CIT , N° 154 .

(2) - نقض مدني فرنسي 22 يوليو 1953، دالوز 1953 - 587.

- بلانيول وريبير ، ج10 ، المرجع السابق ، ص 149 ، بند 133 .

(3) - Cour D'appel de Colmar , 08/02/1952 , Dalloz 1952 , P 370.

« ... Attendu Cependant Que Dans L'une et L'autre Hypothese,L'acheteur ne Peut Invoquer la Garantie des Vices Rédhibitoire par Simple Exception Opposée a une Demande en Payement du Prix , Mais Qu'il a L'obligation , AUX Termes de L'art. 1648 , C. Civ. D'exercer Une Action et ce dans Un Bref Delai ... ».

طلب فرعي[1].

الرأي الثالث : يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يمكن للمشتري أن يستعمل حقه في الخيار بين الدعويين عن طريق الدفع. لأن الهدف من هذه الدعوى ليس إزالة العقد نهائيا وإنما إتاحة الفرصة للمشتري لكي يختار الحل الذي يراه مناسبا[2].

وفي إعتقادنا أن الرأي الأخير لايستند لأي أساس قانوني صحيح. لأن دعوى الضمان ـ حسب القانون المدني الجزائري وحتى المقارن ـ يجب أن ترفع خلال مدة معينة وإلا سقطت بالتقادم، أما الدفع بعدم التنفيذ فلا ينطبق عليه هذا الحكم ومن هنا لايحق للمشتري الإدعاء به لتعطيل الدعوى الأصلية .

وأيا ما كان الأمر فإن المشتري سيد في إختياره، فإذا إستعمل مثلا دعوى رد المبيع فلا يجوز إجباره على رفع دعوى انقاص الثمن، بحجة أن المبيع على الرغم من العيوب الموجودة فيه يمكن أن يقدم له بعض الفوائد[3].

كما أن المشتري لايتقيد بالدعوى التي يرفعها المشتري الثاني ضده. بل يجوز للمشتري أن يتراجع عن الطريق الذي إختاره. فحقه في الخيار يبقى قائما حتى ولو إختار أحد الدعويين، مادام أنه لم يصدر بعد في الدعوى الأولى حكم نهائي حائز لقوة الشئ

---

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 149, N° 133.

(2) - **JEAN BIGOT** : Observation Sous Cassation du 25/10/1961 , Chambre Civil Section Commerciale : Dalloz 1962, P 290.

« L'interét de Cette Exception et Cependant Considérable pour L'acquereur, Car L'exception Déborde le Cadre de la Garantie des Vices Cachés, elle n'est Pas destineé a Aneantir le Coutral, elle est Simplement Destineé a Procurer Un Ateroiment a L'acquereur , un delai de Reflexion Lui Permettant de Prendre Partie Entre Plusieurs Solutions ».

(3) - **BAUDRY LACONTINERIE et LEO SAIGNAT** : OP CIT , P 415, N° 433.

المقضي فيه(1)

ويفسر الفقهاء هذه المرونة المعطاة للمشتري بقولهم أن رجوع هذا الاخير عن دعوى انقاص الثمن مثلا ورفعه دعوى الرد لايشكل طلبا جديدا طالما لم يصدر حكم نهائي بل يعتبر دائما ممارسة لنفس الحق، ولكن بشكل مختلف، على إعتبار أن الدعويين لهما نفس السبب ويرتبطان بنفس المحل(2).

وأيا كانت القاعد فان للمشتري أن يختار الطريق الذي يراه ملائما له، وله أن يتراجع عنه طالما لم تصدر المحكمة حكما نهائيا في الدعوى. ومع ذلك فإن هناك حالات لايكون فيها للمشتري سوى سلوك طريق واحد وهو دعوى انقاص الثمن، وليس له الحق في رفع دعوى الرد، ومن هذه الحالات :

ـ الحالة التي لا يكون فيها للمشتري سوى طلب انقاص الثمن، وذلك عندما يتعذر على هذا الأخير رد المبيع بصورة مطلقة، أو عندما يصيب المبيع تلف بحيث يصبح رده مرهقا للبائع، فهنا لايكون للمشتري سوى طلب انقاص الثمن، نظرا لتعذر الرد.

ـ الحالة الثانية : وهي حالة تعيب المبيع بخطأ من المشتري أو بخطأ من الأشخاص الموجودين تحت مسؤوليته، أو إذا إستعمل المبيع إستعمالا يحط من قيمته قدرا محسوسا. وقد نص الفصل 663 تونسي صراحة على هذه الحالة بقوله: " لاحق للمشتري في فسخ البيع وإنما له أن يطلب تنقيص الثمن في حالتين:

أولهما : إذا تعيب المبيع بتفريط منه أو من هو مسؤول عنه .

---

(1) - وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية :

- Cass. Chambre Civil , 11/06/1974 , Billetin Civil , 1974 - 11 - N° 231 .

(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 149, N° 133.

- **ESCARRA et RAULT** : OP CIT, P 150 , N° 283 .

ثانيهما : إذا إستعمل المبيع إستعمالا يحط من قيمته بقدر له بال إذا كان الإستعمال قبل الإطلاع على العيب، أما بعده فحكمه ما يأتي في الفصل 671". (الفصل 564 مغربي).

والمقصود بالتعيب الوارد في الفصلين 663 تونسي و 564 مغربي هو ذلك التلف الذي يصيب المبيع وليس العيب بمعنى الآفة الطارئة، وسندنا في هذا القول أن هذه الكلمة قد عبر عنها في النص الفرنسي بكلمة Déterioration وليس Vice أو Défaut .

ويجب أن يكون التلف الذي يصيب المبيع مؤثرا في الإستعمال الموجه له، أي على درجة من الجسامة بحيث لو علمه المشتري لما أبرم العقد، أو لدفع ثمنا أقل، كما لايحق للمشتري سوى طلب انقاص الثمن إذا إستعمل المبيع إستعمالا يحط من قيمته. بشرط أن يكون هذا الإستعمال قد حصل قبل الإطلاع على العيب. أما إذا حصل الإستعمال بعد الإطلاع على العيب فإن ذلك يعتبر بمثابة تنازل ضمني عن الضمان[1].

وتجب الإشارة الى أن هناك حالات غير تلك التي سبقت الإشارة إليها لايحق فيها للمشتري رد المبيع، ومن ذلك ما نص عليه الفصل 656 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي بقوله : إن كان مثليا (المبيع) فليس للمشتري إلا إلزام البائع بأن يأتيه بمثله سالما ويعوض خسارته إن وقعت .

وكذلك إذا وجد عيب في توابع المبيع فإن ذلك لايترتب عليه فسخ البيع في الأصل، وهذا ما نص عليه الفصل 658 من نفس القانون بقوله : "... أما ثبوت العيب في التوابع فلايترتب عليه فسخ البيع في الأصل ".

---

(1) - **عبدالرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط ، ج4 ، المرجع السابق، ص 748 ، رقم 376 .

أما الفقه الفرنسي فهو منقسم بخصوص هذه المسألة، فبينما يرى البعض بأن المشتري يفقد حق الخيار في هذه الحالة ولايكون له سوى دعوى انقاص الثمن. يذهب البعض الآخر الى أن حق الخيار يبقى قائما للمشتري، ولكن إذا قرر مباشرة دعوى الرد فيجب أن تقتصر على الفرع المعيب فقط ولا تشمل الأصل[1] .

وهناك حالة لايكون فيها للمشتري سوى دعوى رد المبيع، وتتوافر هذه الحالة عندما يشكل المبيع خطرا على المشتري بسبب العيب الذي يشوبه، وكذلك بالنسبة لليحوانات المصابة بالأمراض المعدية والتي سبقت الإشارة إليها.

وأخيرا يمكن إضافة حالة أخرى وهي حالة ما إذا إتفق البائع والمشتري على أنه في حالة وجود عيب خفي بالمبيع لايكون للمشتري إلا رفع دعوى معينة من الدعويين[2] .

هذا ويلاحظ أن حق الخيار بين دعوى الرد ودعوى انقاص الثمن هو مقرر أيضا للمستأجر في عقد الإيجار. وقد نصت على هذه الحالة المادة 489 مدني جزائري بقولها : " إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لايكون نفقة باهضة عليه ".

كما يكون للمستأجر الحق في طلب فسخ العقد فقط دون انقاص

---

(1) - **BAUDRY et SAIGNAT** : OP CIT , P 462, N° 440.
- **DANIEL - HUET - Weiller** : OP CIT , N° 151 .

(2) - Dalloz - Nouveau Répertoire 2 emme édition , T. IV , Anneé 1965 P 1036, N° 45.
- Voir Aussi Escara et Rault , Op CIT , P 150 , N° 283 .
« Les Parties D’autre Part On Pu Convenir Qu’en Cas Ou la Marchandise Présenterait des Vices Cachés , Seule L’une de Ces Action Pouvait etre Invoquer ».

الثمن في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة بسبب عيب خفي، بينما إذا كان الهلاك جزئيا لايؤثر كثيرا على إستعمال العين المؤجرة، لايحق للمستأجر سوى المطالبة بانقاص الثمن (المادة 2/481 مدني جزائري) .

المطلب الثاني
حق الخيار في الشريعة الإسلامية

يمكن تقسيم أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص حق الخيار الممنوح للمتعاقد إلى قسمين : أحدهما يذهب إلى القول بعدم جواز الخبرة بين دعويي الضمان والثاني يجيز للمتعاقد الخيار بين دعوى الفسخ (أو الرد) ودعوى انقاص الثمن.

الرأي الأول : وهم فقهاء المالكية والحنفية وبعض فقهاء الشافعية فيذهبون إلى أن المشتري ليس له الخيار فلا يملك إلا فسخ العقد، فهو مخير بين أمرين : إما إمساك المبيع وقبوله بما فيه من عيوب وإما رد المبيع أي فسخ العقد فيصبح العقد كأنه لم يكن، إلا إذا كان هناك مانع من موانع الرد التي سنراها فيما بعد لكن المشتري حسب هذه المذاهب لايخير بين الإحتفاظ بالمبيع وبين نقصان الثمن[1].

فقد جاء في الفقه الحنفي أنه : " إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كي لايتضرر بلزوم مالايرضى به، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان، لأن الأوصاف لايقابلها شئ من الثمن في مجرد العقد، ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به،

---

(1) - **د. أحمد فراج حسين** : المرجع السابق، ص 344 .

ودفع الضرر عن المشتري يمكن بالرد بدون تضرره "[1].

وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 337 بقولها : " ما بيع بيعا مطلقا إذا ظهر به عيب قديم يكون المشتري مخيرا إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى، وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما أنقصه العيب، وهذا ما يقال له خيار العيب ".

كما نصت المادة 352 من نفس المجلة على أنه : " إذا إشترى شخص مقدارا معينا من جنس واحد من المكيلات أو الموزونات وما قبضه، ثم وجد بعضه معيبا كان مخيرا إن شاء قبله جميعا وإن شاء رده جميعا ". وأخيرا نصت المادة 516 من نفس المجلة على مبدأ عدم الخيرة بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن في عقد الإيجار بقولها : " لوحدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار إن شاء إستوفى المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة وإن شاء فسخ الإجارة ".

كما جاء أن من وجد عيبا له الخيار بين الإمساك أو الرد " فإن أمسك فلا شئ له لأنه قد رضي بعين ما إشترى فله أن يستصحب رضاه وله أن يرد جميع الصفقة لأنه وجد خديعة وغشا وغبنا، والغبن والخديعة حرامان ، وليس له أن يمسك ما إشترى ويرجع بقيمة العيب لأنه إنما له ترك الرضا بما غبن فيه فقط، ولأنه لم يوجد له حقا في مال البائع قرآنا ولاسنة، بل ماله عليه حرام وليس له رد محل مال أحد إلا بتراض أو بنص يوجب حلا له لغيره، وسواء كان المعيب وجه الصفقة أو أكثرها أو أقلها "[2].

كما جاء في فقه الشافعية أنه : " إذا لم يعلم بالعيب واشتراه ثم

---

(1) - **إبن الهمام** : فتح القدير، ج5 ، المرجع السابق، ص 151 . **إبن نجيم** : البحر الرائق ، ج6 ، ص 39 .

(2) - المحلى **لإبن حزم** : المرجع السابق، ص 65، مسألة رقم 1570 .

علم بالعيب فهو بالخيار يبين أن يمسك وبين أن يرد، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك فثبت له الرجوع بالثمن "[1].

وورد في نفس المذهب للإمام الشيرازي أنه : " إذا قال البائع أمسك المبيع وأنا أعطيك ارش العيب لم يجبر المشتري على قبوله، لأنه لم يرض إلا بمبيع سليم بجميع الثمن. فلايجبر على إمساك معيب ببعض الثمن، وإن قال المشتري أعطني الأرش لأمسك المبيع، لم يجبر البائع على دفع الأرش، لأنه لم يبذل المبيع إلا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن "[2].

أما الفقه المالكي فيتفق مع المذهب الحنفي فيما يتعلق بقضية المصراة وكذلك في بيوع الحيوانات. فلا يكون للمشتري حق الخيار بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن ، بل يكون له فقط إما إمساك المبيع بدون إرش أو الرد أي الفسخ مع إرجاع كامل الثمن. أما في البيوع الأخرى فإن المذهب المالكي يفرق بين العيب اليسير فيجيز للمشتري الخيار بين الرد بسبب العيب والرجوع بنقصانه (العيب) وبين العيب الفاحش، لا يجوز للمشتري أن يختار بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن[3].

فقد ورد أنه : " المسألة الثالثة في أنواع العيوب وهي ثلاثة : عيب ليس فيه شئ، وعيب فيه قيمة، وعيب فيه رد. فأما الذي ليس فيه شئ فهو اليسير الذي لاينقص من الثمن. وأما عيب القيمة فهو اليسير الذي ينقص من الثمن، فيحط على المشتري من الثمن بقدر

---

(1) - المهذب **للشيرازي** : ، ج1 ، المرجع السابق ص 291 .
- نهاية المحتاج **للرملي** : ج3 ، المرجع السابق ص 24 .

(2) - المهذب **للشيرازي** : ج1 ، المرجع السابق ص 284 .

(3) - **إبن رشد** : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المرجع السابق ، ص 192 .

نقص العيب، وذلك كالخرق في الثوب والصدع في حائط الدار، وقيل أنه يوجب الرد في العروض بخلاف الثمن يوجب الرد عند إبن رشد، وقيل الثلث بين أن يرده على بائعه أو يمسكه ولا أرش له علىالعيب، وليس له أن يمسكه ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده"[1].

وهذا هو رأي الفقه الشيعي، فهو يتفق مع المذاهب السابقة بخصوص المصراة فلا يجيز للمشتري الخيرة بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن. أما بالنسبة للبيوع الأخرى فيتفق مع الفقه المالكي والحنبلي بجواز الخيرة بين دعوى الرد ونقصان الثمن. فقد جاء أنه : " إذا وجد المشتري بالمبيع عيبا سابقا على العقد ولم يحدث عنده عيب ولاتصرف فيه كان مخيرا بين فسخ البيع والإمضاء بالأرش "[2].

الرأي الثاني : وهو الرأي القائل بجوازالخيرة بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن فيمثله الفقه الحنبلي والجعفري ، فهذا الرأي يتفق في البداية مع المذاهب الأخرى بخصوص قضية المصراة الشهيرة فلا يجيز فيها للمشتري أن يختار بين الفسخ ونقصان الثمن إستنادا إلى صراحة الحديث النبوي الشريف الوارد في هذه المسألة[3].

أما في بقية العيوب فإن هذا المذهب يجيز للمشتري الخيرة بين

---

(1) - القوانين الفقهية **لإبن جزي** : المرجع السابق ،ص 229.

- **عبد الرزاق احمد السنهوري** : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مقارنة بالفقه الغربي ج4 ، نظرية السبب ونظرية البطلان، دار الفكر للطباعة والنشر ، ص 255 في الهامش . (بدون تاريخ).

(2) - **عبد الرسول عبد الرضا محمد** ، المرجع السابق ، ص 331

(3) - **إبن قدامة أبو محمد عبدالله** : المغنى مع الشرح الكبير، ج4 ، المرجع السابق -ص 135 وما بعدها.

فسخ العقد أو الإبقاء عليه وذلك بإمساك المبيع المعيب وأخذ أرش العيب .

فقد جاء في هذا الصدد : "... إذا ظهر عيب لم يعلم به فكان له الأرش كما لو تعيب عنده ولأنه فات عليه جزء من المبيع ، فكانت له المطالبة بعوضه، كما لو إشترى عشرة أقفزة فبانت تسعة، أو كما لو أتلفه بعد البيع، فأما المصراة فليس فيها عيب وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء ولذلك لايستحق إرشا إذا إمتنع الرد عليه "[1].

كما ورد أنه : " من إشترى معيبا لايعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن، فإن إختار إمساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك، وبه قال أبو إسحاق، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الإمساك أو الرد، ولا أرش له إلا أن يتعذر رد المبيع "[2].

وتجدر الملاحظة أن الفقه الحنبلي يميز بين البائع حسن النية والبائع سئ النية. فقد ورد أنه : " أما إذا كان البائع قد دلس العيب أي كتمه عن المشتري فله رد المبيع ولو كان قد تعيب عنده بعيب جديد دون أن يدفع ارش هذا العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن كاملا من البائع لأنه قد ورط المشتري وغره. وكذا لو دلس البائع العيب، ثم تلف المبيع عند المشتري رجع هذا بكل الثمن سواء تعيب المبيع عند المشتري أو تلف بفعل الله كالمرض أو بفعل المشتري كوطء البكر ونحوه مما هو مأذون شرعا "[3].

---

(1) - **إبن قدامة أبو محمد عبدالله** : المغنى ، المرجع السابق ، ص 147

(2) - **ابن قدامة** - المغني مع الشرح الكبير ، ج4 ،المرجع اعلاه ص 243.

(3) - **منصور بن يونس** : كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 180 .

والمقصود بالأرش عند فقهاء الشريعة هو ما يقابل النقصان الذي حصل في الشئ المبيع بسبب العيب، حيث يقوم المبيع وهو سليما ثم يقوم وهو معيبا وما كان بين السليم والمعيب فهو الأرش[1]

.

كما جاء أيضا أنه : " إذا علم المشتري بالعيب بعد العقد أمسكه بارشه إن شاء لأن المتبايعين تراضيا على أن العوض في مقابلة المبيع، فكل جزء منه يقابله جزء من الثمن ومع العيب فات جزء من المبيع فله الرجوع ببدله، وهو أي الأرش (قسط ما بين قيمة الصحة والعيب) فيقوم المبيع صحيحا ثم معيبا ويؤخذ قسط مابينهما من الثمن "[2].

ويتضح مما تقدم أن الأصل عند جمهور فقهاء الشريعة هو عدم جواز الخيرة بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن، إذا ما إستثنينا المجال الضيق الذي تجوز فيه الخيرة بين دعويي الضمان .

هذا وكما هو الشأن في القانون الوضعي توجد إستثناءات أيضا في الشريعة الإسلامية لايكون فيها للمشتري سوى سلوك طريق واحد فقط، كما هو الحال مثلا عند حدوث عيب جديد في الشئ المبيع وهو في يد المشتري، ففي هذه الحالة لايجوز للمشتري الخيار بين دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن، فقد جاء أنه : " لو حدث عند المشتري عيب وأطلع علي عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرده إلا برضى البائع "[3]. ففي

---

(1) - فتاوي **إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 391 .

(2) - **عبد الله عبد الله محمد العلفي** ، المرجع السابق ص 583

(3) - **الزيلعي** : تبيين الحقائق ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 34 . - **السرخسي** : المبسوط ، ج13 ، المرجع السابق ، ص 97. - **إبن عابدين** : حاشية رد المختار ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 95 .

هذه الحالة يكون للمشتري طريق واحد وهو الرجوع بنقصان الثمن دون دعوى الرد، فلا يكون له حق الخيار بين الدعويين.

وعلى العكس من ذلك هناك حالات لايكون فيها للمشتري سوى إستعمال دعوى الرد فقط دون دعوى الإنقاص. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 348 من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " إذا رضي البائع أن يأخذ المبيع الذي ظهر به عيب قديم بعد أن حدث به عيب عند المشتري وكان لم يوجد مانع للرد لاتبقى للمشتري صلاحية الإدعاء بنقصان الثمن، بل يكون مجبورا على رد المبيع إلى البائع أو قبوله ... ".

ومن الأمثلة الواردة في كتب الفقه الإسلامي عن حالات الرجــوع بنقصان الثمن فقط ما جاء انه : " إذا كسر المشتري الجوز ووجده قليــل اللب أو أسود اللب فهذا بمنزلة العيب فإذا وجده كذلك بعد الكســر رجع بنقصان العيب من الثمن ... وكذلك إن كان اللب فاسدا ولكنه يصلح كعلف للدواب، وذلك لأن الكسر عيب حادث بفعل المشتري وذلك بمنعـه من الرد "[1].

ومع ذلك فهناك من يجيز الخيرة للمشتري بين دعويي الضمان حتى في هذه الحالة، فقد ورد أنه: " من إشترى شيئا فوجد في عمقه عيبا أو قتاء أو قرع أو خشب ... فله الرد أو الإمساك سواء كان مما يمكن التوصل إلى معرفته أو مما لايمكن إلا بكسره أو شقه لأن الغبن لايجوز ولايحل إلا برضا المغبون ومعرفته بقدر الغبن وطيب نفسه به وإلا فهو أكل مال بالباطل والبائع وإن كان لايقصد

- **إبن الهمام** : فتح القدير ، ج5 - المرجع السابق ، ص 159 .
[1] - المبسوط **للسرخسي** : ج13، المرجع السابق ، ص 114 . - كشاف القناع **لمنصو بن يونس** ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 182 .

الغش فقد حصل بيده ماله أخيه بغير رضا منه "[1].

وقد ورد في مجلة لأحكام العدلية عن الفقه الحنفي أنه : " ... لو إشترى حيوانا فمرض عند المشتري ثم أطلع علي عيب قديم فيه، ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع، بل يرجع عليه بنقصان الثمن ... ".

ويطبق نفس الحكم في حالة ما إذا هلك المبيع أو تلف أو تحول وهو في يد المشتري، فالقاعدة أن الهلاك يقع على عاتق المشتري، ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن إذا علم بوجود العيب بالمبيع[2]

المبحث الثاني
حق المتعاقد في طلب الرد

يقصد بحق الرد ذلك الحق الذي يثبت للمشتري في عقد البيع والمستأجر في عقد الإيجار، والمتقاسم في عقد القسمة والمصالح في عقد الصلح، في حالة ظهور عيب خفي في محل العقد.

وهذا الحق يتم في الغالب عن طريق دعوى ترفع أمام القضاء تسمى دعوى الرد وذلك بسبب أن الدائن بخيار العيب نادرا ما يتوصل إلى تسوية أمر العيب بطريقة ودية مع المدين بهذا الخيار، فيكون اللجوء إلى القضاء عندئذ أمرا حتميا. وإذا أختار المشتري في عقد البيع مثلا رد المبيع فإن دعوى الرد التي يرفعها على البائع تتولد عنها التزامات على عاتق الطرفين. فيلتزم المشتري برد المبيع والثمار التي أفاد منها، وفي المقابل يلتزم البائع بأن يرد للمشتري ثمن المبيع والمصاريف التي أنفقها بسبب البيع

(1) - المحلى **لإبن حزم** : المرجع السابق ، مسألة رقم 1586 ، ص 73 .
(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 289
- **الشيرازي** : المهذب ، ج1 -المرجع السابق، ص 293 .

والفوائد.

وعليه سنتناول دعوى رد المبيع في مطلب أول ثم مشتملات الرد في مطلب ثاني ، وأخيرا موانع الرد في مطلب ثالث ـ وكل ذلك في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية .

المطلب الأول

دعــوى الــرد ACTION RÉDHIBITOIRE

نظم المشرع الجزائري دعوى الرد في القانون المدني واعتبرها دعوى مستقلة عن دعوى الفسخ ودعوى البطلان . وتعتبر هذه الدعوى اهم اثر لضمان العيب الخفي ولا سيما في الشريعة الاسلامية . وعليه سنقوم بتحديد طبيعة هذه الدعوى ثم نتناولها في كل من القانون والشريعة .

اولا : دعوى الرد في القانــون الوضعــي

طبيعة هذه الدعوى

بين المشرع الفرنسي في المادة 1722 ق م فرنسي طبيعة دعوى ضمان العيوب الخفية في عقد الإيجار فاعتبرها دعوى إنهاء للعقـــــد Action en Résiliation[1] في حين أخلطت بعض المحاكم بين الفسخ والإنهاء وأوردت عبارة الفسخ Résolution[2] .

أما القانون المدني الفرنسي فلم يبين طبيعة هذه الدعوى مكتفيا

---

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T.X , OP CIT , P 743, N° 540.

(2) - نقض تجاري فرنسي في 1961/12/19، دالوز 1962 - 240 .

ـ وكذلك نقض فرنسي في 1966/11/22، الأسبوع القانوني 1967 - 2 - 15288 .

ببيان ما يرده كل متعاقد على الآخر، فألزمت المادة 1644 ق م ف المشتري برد المبيع واسترجاع الثمن أو الإحتفاظ بالمبيع واسترداد جزء من الثمن وهذا الجزاء أي رد المبيع واسترداد الثمن يتفق مع القواعد المنظمة لدعوى الفسخ ودعوى البطلان، ولعل هذا هو السبب الذي جعل الفقه الفرنسي يختلف حول طبيعة هذه الدعوى.

ويمكن إرجاع أراء الفقهاء إلى ثلاث إتجاهات :

الإتجاه الأول : ويذهب إلى أن دعوى الضمان هي دعوى بطلان Nullité ويؤسس هؤلاء الفقهاء نظرية ضمان العيوب الخفية على نظرية الغلط[1] .

الإتجاه الثاني : ويذهب إلى إعتبار دعوى ضمان العيوب الخفية دعوى فسخ، وهذا الفريق هو الذي يؤسس نظرية ضمان العيوب الخفية على نظرية السبب [2].

الإتجاه الثالث : يعتبر دعوى الضمان دعوى مستقلة عن دعوى الفسخ ودعوى البطلان فهي تختلف في سببها ومواعيدها وحتى في نتائجها عن دعوى البطلان . كما تختلف عن دعوى الفسخ لكون هذه الأخيرة ذو أثر رجعي في حين أن دعوى الضمان ليس كذلك[3] .

ولاشك أن هذه الدعوى بعيدة كل البعد عن دعوى الفسخ لأن دعوى الفسخ تقتضي نسبة عدم تنفيذ شروط العقد إلى المتعاقد الآخر، أما عند وجود عيب بالمبيع فلا يمكن نسبته إلى المتعاقد لاسيما إذا كان هذا المتعاقد يجهل العيب، كما لايمكن إعتبار دعوى

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T.XI , OP CIT , P 222.
- Cass. Comm 19/12/1961 , Dalloz 1962 - 240 . المشار إليه آنفا

(2) - **VERGNES** : Thése Préciteé , P 157 , Mazeaud , Lecon de Droit Civil , T. II nouvelle licence 2éme édition ,obligation edition montchrestin, 1958 , P 226.

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T.X , OP CIT , P 150 , N° 134.

ضمان العيوب الخفية إنفساخا لكون هذا الأخير يتم بقوة القانون ولايحتاج إلى حكم من القضاء عكس دعوى الضمان.

أما المشرع الجزائري فقد سلك مسلك المشرع الفرنسي في عقد الإيجار، فنص في المادة 489 مدني جزائري على أنه : " إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان يجوز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لايكون نفقة باهضة عليه ... ".

أما في عقد البيع فلم ينص المشرع الجزائري صراحة على إعتبار دعوى الرد من قبيل دعوى الفسخ، بل أحالت المادة 381 قانون مدني إلى المادة 376 من نفس القانون والتي تتعلق بضمان الإستحقاق.

أما المشرع التونسي فقد أورد عبارة " الفسخ " في الفصل 655 - 658 - 660 - 663 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، وكذلك فعل المشرع المغربي في الفصل 556 - 558 - 559 -561 - 564 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي.

ومهما يكن من خلاف حول طبيعة هذه الدعوى فإننا نفضل تسميتها بدعوى الرد تماشيا مع البعض[1] حتى لايكون هناك أي غموض أو التباس حول المفاهيم.

ونظرا لأن المشرع الجزائري قد أخضع دعوى الرد بسبب العيب الخفي لأحكام ضمان الإستحقاق كما سبق القول فيجب إذن التمييز بين حالة العيب الجسيم وحالة العيب غير الجسيم، كما هو الحال في الإستحقاق الجزئي. فإذا كان العيب جسيما بحيث لو علمه

---

(1) - **د. توفيق حسن فرج** : عقد البيع والمقايضة ، القاهرة ، 1970 ، ص 462 و 469 .

المشتري لما أقدم على التعاقد جاز له إما رد المبيع وما أفاد منه واسترداد الثمن. أو إمساك المبيع والمطالبة بالتعويض عما أصابه من جراء وجود العيب طبقا للقواعد العامة في الإستحقاق الجزئي (المادة 376 مدني جزائري).

أما إذا كان العيب غير جسيم فلا يحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد. بل يكون له طريق واحد وهو الإحتفاظ بالمبيع والمطالبة بما يقابل الخسارة التي أصابته بسبب العيب .

كما يمكن للمشتري بين هذا وذاك مطالبة البائع بالتعويض أو التنفيذ العيني. كأن يطالب بإصلاح المبيع أو إستبداله .

ويجب التذكير بما سبقت الإشارة إليه وهو أن دعوى الرد طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري تتقادم بمرور سنة من يوم التسليم .

ثانيا : دعوى الرد في الشريعة الإسلامية

يعتبر الرد في الفقه الإسلامي أهم نتيجة تترتب على ثبوت الحق في ضمان العيب، بل لقد رأينا أنه الأصل في مجال ضمان العيب الخفي ، والمقصود بالرد في الفقه الإسلامي هو أن يرد المشتري الشئ المعيب إلى البائع ويسترد الثمن كاملا.

ولكن هل يتم الرد في الفقه الإسلامي على النحو المعمول به في القانون الوضعي، أي لابد من اللجوء إلى القضاء ؟ أم يمكن أن يتم الرد بالإرادة المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء ؟.

ان ضمان العيب عند فقهاء الشريعة الإسلامة يجعل العقد (لاسيما بالنسبة للمشتري) غير ملزم قبل القبض (التسليم) وقابلا للفسخ بعد القبض.

وقد إتفق جمهور الفقه الإسلامي على أن الفسخ بسبب العيب

الخفي إذا حصل قبل القبض فهو لايحتاج إلى التراضي أو التقاضي أي لايحتاج إلى رضا المتعاقد الآخر (البائع) ولا داعي اللجوء إلى القضاء بذلك.

وحجتهم في ذلك أن العقد قبل القبض أي قبل تسليم محل العقد يكون غير لازم (غير ملزم) . وعليه إذا كان المبيع لايزال في يد البائع وأراد المشتري رد المبيع بسبب العيب فيكفي هذا الأخير التصريح بأنه يرد المبيع لينفسخ البيع، ومن ثم لايحتاج هذا الإجراء إلى التراضي أو التقاضي.

أما بعد القبض أي التسليم فقد إختلف الفقهاء حول الكيفية التي يتم بها الرد بالعيب، فذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] إلى أن الرد بالعيب بتم بإرادة منفردة. أي لايحتاج اللجوء إلى القضاء أو إستعمال دعوى ولا حتى رضا المتعاقد الآخر وهو البائع .

بينما ذهب الأحناف إلى القول بوجوب التفرقة بين الحالة التي يتم فيها الفسخ قبل التسليم (القبض) والحالة التي يتم فيها الفسخ بعد التسليم، ففي الحالة الأولى يتم الرد بإرادة منفردة ولايحتاج إلى قضاء ولا إلى رضا المتعاقد الآخر. أما في الحالة الثانية فلا بد فيه من قضاء ولايجوز أن يقع الفسخ بإرادة منفردة، وهذا ما جاء في البدائع للكاساني من أنه : " وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته، فالعيب لايخلو إما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري، فإذا كان في يد البائع يفسخ (البيع) بقول المشتري رددت ولا

---

(1) - **الشيرازي**: المهذب، ج1 ، المرجع السابق، ص 284 ، حيث جاء : "وله (أي المشتري) أن يرد بغير رضا البائع ومن غير حضوره، أنه (الرد) رفع للعقد جعل إليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولاحضوره كالطلاق"

(2) - **المقدسي** : الشرح الكبير بذيل المغنى، ج4 ، ص 96 ، وقد جاء فيه : "لايفتقر الرد إلى رضاء ولا قضاء ولاحضور صاحبه قبل القبض ولا بعده " . مشار إليه في رسالة **عبدالله عبداله محمد العلفي** : المرجع السابق، ص 541 .

يحتاج إلى قضاء القاضي ولا إلى التراضي بالاجماع، وإن كان في يد المشتري لايفسخ إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي عندنا وعند الشافعي رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضاء البائع... ولنا أن الصفقة تمت بالقبض، وأحد العاقدين لاينفرد ويفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة، هذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد، ثم العقد لاينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضي، بخلاف ما قبل القبض، لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة. بل تمامها بالقبض ... أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الإنفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا، والله عز وجل أعلم "[1].

أما الزيدية فيذهبون إلى أن الفسخ بعد القبض يتم بالتراضي أو بحكم من القاضي، ويجب إعلام المتعاقد الآخر بهذا الفسخ أو الرد[2] .

وقد برر الشافعية رأيهم بأن الفسخ بمقتضى ضمان العيب الخفي رفع عقد جعل إلى صاحب الخيار فلا يعتبر فيه رضا الطرف الآخر ولا حضوره كالطلاق، واستدل الأحناف على ما ذهبو إليه بأن الصفقة تتم بالقبض ومتى تمت لايمكن فسخها بالإرادة المنفردة، لأن العقد إنعقد بعاقدين فلا ينفسخ إلا برضاء الطرفين أو قضاء القاضي، أما قبل القبض فالصفقة لم تتم بعد والرجوع فيها يعتبر إنفساخا لافسخا .

ويخلص مما تقدم أن الرد عند الشافعية والحنابلة يتم بمجرد

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 281 .

(2) - **العنسي** : التاج المذهب ، ج2 ، ص 428 و 398 . مشار إليه في رسالة **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق ، ص 543 .

التعبير عن الإرادة قبل التسليم وبعده كقول المشتري فسخت العقد أو نقضته أو رددته ... ولايشترط لصحة هذا الرد علم البائع به[1] .

أما عند الأحناف فيقع الرد قبل القبض بمجرد قول المشتري رددت أو فسخت كما هو الحال عند الشافعية والحنابلة. أما بعد القبض فلا يتم الرد إلا بعد صدور حكم من القضاء. مالم يرض الطرف الآخر بالرد (الفسخ) وفي كلتا الحالتين لاينتج الرد أثره إلا إذا علم به البائع[2].

ولعل السبب في إشتراط وجوب أن يتم الرد بالتراضي أو التقاضي بعد القبض ـ فضلا عن كون العقد قد تم بعد القبض ـ أن التحقق من ثبوت العيب وكذلك التحقق من وقت وجوده يحتاج في كثير من الحالات إلى اللجوء إلى ذوي الخبرة وهذا يكون في الغالب محل تنازع بين المتعاقدين. لذلك يحتاج الفسخ في هذه الحالات إلى التقاضي أو التراضي.

المطلب الثاني
مشتمـــلات الـــــرد

اولا : مشتملات الرد في القانــون الوضعــي

يرجع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية، طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، على النحو المبين في المادة 376 ق م ج وذلك عملا بنص المادة 381 من نفس القانون التي أحالت إلى المادة 376 بقولها : " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود بالمبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة

(1) - **البهوتي** : كشاف القناع ، ص 224 . مشار إليه في رسالة **عبدالله عبدالله محمد العلفي** : المرجع السابق، ص 543 .

(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص 286 و 273 .

بالضمان وفقا للمادة 376"".

وقد وضع المشرع الجزائري في هذه المادة الأخيرة القواعد التي تحكم رجوع المشتري على البائع بضمان الإستحقاق الجزئي. فنص على أنه : " في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا إختار المشتري إستبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقتـــه لم تبلغ القدر المشار ليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى لمطالبة بحق التعويـض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع ". ومفاد هذا النص أنه إذا كانت الخسارة المترتبة عن العيب جسيمة كان للمشتري الحق في أن يختار بين أمرين :

الأول : وهو رد المبيع والمطالبة بالتعويض طبقا لأحكام ضمان الإستحقاق الكلي المنصوص عنها في المادة 375 قانون مدني جزائري، والتي تنص على أنه : " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع للمشتري أن يطلب من البائع :

- قيمة المبيع وقت نزع اليد .
- قيمة الثمار التي إلتزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع .

- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سئ النية .

- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق باستثناء ماكان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقـا للمادة 373 .

- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب

بسبب نزع اليد عن المبيع .

كل ذلك مالم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله ".

الأمر الثاني : وهو الإبقاء على العقد مع المطالبة بالتعويض عن كل مالحق المشتري من ضرر بسبب العيب. هذا في حالة كون الخسارة التي أصابت المشتري جسيمة. أما في حالة ما إذا كانت الخسارة المترتبة عن العيب غير جسيمة فلا يملك المشتري سوى طريق واحد وهو المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء العيب. فلا يكون له حق رد المبيع[1] .

العيب الجسيم

إذا كان العيب الذي أصاب الشئ المبيع جسيما بحيث لو علمه المشتري لما أتم العقد واختار المشتري الأمر الأول وهو فسخ العقد فيجب عليه أن يرد المبيع وجميع ما أفاد منه من ثمرات من وقت البيع[2]، وفي مقابل ذلك يسترد المشتري التعويضات التي أوضحتها المادة 375 ق م ج المذكورة آنفا .

وبعبارة أخرى فإن قيام الضمان ومباشرة دعوى الرد يترتب عنه نشوء التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري نوجزها فيما يلي :

أ ـ التزامات الدائن بالضمان (المشتري)

يلتزم المشتري في حالة ما إذا إختار فسخ العقد أن يرد للبائع ما يلي :

---

(1) - **د.عبدالمنعم البدراوي** : المرجع السابق ، ص 526 ، بند 352 .
- **د. محمد لبيب شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 191 - 192 ، بند 165 .

(2) - **د. السنهوري** : مصادر الالتزام ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 742 ، بند 374 .

1 ـ رد المبيع : إذا إكتشف المشتري عيبا خفيا موجبا للضمان في المبيع واختار طريق الفسخ وجب عليه أن يرد للبائع المبيع بالحالة التي إستلمه فيها[1].

فإذا حدث تغيرا في الشئ المبيع بسب حدوث عيب جديد فلا يجوز المطالبة بفسخ العقد.

كما يرد المشتري المبيع مع جميع توابعه وملحقاته التي تسلمها من البائع[2]، فإذا كان المبيع عبارة عن سيارة مثلا فيجب على المشتري في حالة ظهور عيب في السيارة أن يرد السيارة وتوابعها ، كالعجلة الإحتياطية وأدوات الرفع وعموما كافة توابعها التي تصاحب السيارة في العادة. وإذا كان المبيع عبارة عن منزل فيجب على المشتري أن يرد المنزل وملحقاته الثابتة كالمرايا المثبتة بالحائط والتماثيل وما شابه ذلك.

كما يجب أن يرد المبيع كله إذا كان لايقبل الإنقسام، أما إذا كان المبيع شيئا قابلا للإنقسام أو اشياء متعددة يسهل التفريق بينها دون إحداث ضرر وكان بعضها معيبا فيقتصر الرد على الأشياء المعيبة، وهذا ما نص عليه الفصل 657 تونسي بقوله : " إذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة دون تبعيض في الثمن وظهر بعضها معيبا ولو بعد القبض فللمشتري رد المعيب واسترجاع ماينو به من الثمن إلا إذا كان في تفريق الأشياء المذكورة ضرر كالأشياء المزدوجة مثلا فإنه لايجوز له فسخ البيع إلا في جميعها ". وهو أيضا ما نص عليه الفصل 558 مغربي بقوله : " إذا بيعت

---

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T.X , OP CIT , P 153 .
- **MAZAUD** : Lec on de Droit Civil , T. III , op cit , P 226 , N° 187 .

(2) - **د. أسعد دياب** : المرجع السابق ، ص 190 .

عدة أشياء مختلفة صفقة واحدة بثمن إجمالي واحد كان للمشتري ولو بعد التسليم أن يطلب فسخ البيع بالنسبة إلى الجزء المتعيب وحده من هذه الأشياء ورد ما يقابله من الثمن. إلا أنه إذا كانت الأشياء المبيعة مما لايمكن تجزئته بغير ضرر، كالأشياء المزدوجة، فإن المشتري لايكون له أن يطلب الفسخ إلا بالنسبة إلى مجموع الصفقة ".

وقد يكون المبيع مكونا من شئ أساسي وشئ تبعي، فإذا كان الشئ الأساسي معيبا تعين رد الشئ الأساسي مع الشئ التبعي، أما إذا كان العيب قد أصاب الشئ التبعي دون الأساسي فإن الرد يقتصر على الشئ التبعي. وهذا ما نص عليه صراحة المشرع المغربي في الفصل 559 من قانون الإلتزامات والعقود بقوله : " الفسخ لعيب في الشئ الأصلي يلحق توابع هذا الشئ ولو حدد لها ثمن مستقل. عيب الشئ التابع لايكون سببا لفسخ بيع الشئ الأصلي ". وهذا أيضا ما نص عليه الفصل 658 تونسي بقوله : " إذا فسخ البيع لعيب في الأصل سرى حكم الفسخ للتوابع ولو كان لكل منها ثمن معين .

أما ثبوت العيب في التوابع فلا يترتب عليه فسخ البيع في الأصل ".

ولا وجود لمثل هذا النص في القانون المدني الجزائري، وإن كان يمكن تبرير ذلك بتطبيق القواعد العامة في العقود .

وإذا هلك المبيع بسبب العيب فيجب على المشتري رد ما تبقى من المبيع أو توابعه، فمثلا إذا هلك الحصان التزم المشتري برد

توابعه كالسرج وهكذا[1]. إما إذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ من المشتري أو إلى سبب أجنبي فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري بطبيعة الحال[2].

أما المشرع الجزائري فقد وضع علىعاتق البائع تبعة الهلاك. فهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشئ المعيب يستوي أن يكون ذلك بسبب العيب نفسه أو بسبب القوة القاهرة. وهذا ما نصت عليه المادة 382 ق م ج بقولها : " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشئ المبيع وبأي سبب كان ".

أما المشرع التونسي فقد فرق بين حالة ما إذا كان الهلاك راجعا إلى العيب ذاته فجعل تبعة الهلاك على عاتق البائع .

وبين حالة ما إذا كان الهلاك راجعا إلى القوة القاهرة أو خطأ المشتري أو خطأ من هو مسؤول عنه، فجعل تبعة الهلاك على عاتق المشتري. وهذا ما نص عليه الفصل 662 من المجلة بقوله : " إذا هلك المبيع بعيب فيه أو بأمر طارئ نشأ عن العيب المذكور فهلاكه على البائع وعليه أن يرجع الثمن للمشتري مع أداء الخسائر إذا كان مدلسا ".

كما نص الفصل 661 من نفس المجلة على الحالة الثانية قوله : " ليس للمشتري أن يقوم باسترجاع الثمن أو بعضه إذا تعذر عليه رد المبيع في الأحوال الآتية :

أولها : إذا هلك المبيع بأمر سماوي أو بتفريط المشتري أو تفريط من هو مسؤول عن أفعاله .

ثانيها : إذا سرق المبيع من المشتري أو ضاع منه ... " .

---

(1) - **DE BERNON** : Thése Précitée , P 194 .

(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T.X , OP CIT , P 157 , N° 137.

2 ـ رد الثمار : يجب على المشتري أن يرد إلى البائع ـ بالإضافة إلى المبيع وتوابعه ـ على النحو الذي سبق بيانه ـ الثمار التي أفاد منها من وقت البيع، لأن هذه الثمار تكون عندئذ من ملكية البائع، فليس من المنطق ولا من العدل أن يضار البائع بذلك بعد الحكم بإعادة الحالة إلى ماكانت عليه قبل التعاقد(1).

وقد نص الفصل 660 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية بقوله : " إذا فسخ البيع لعيب وجب على المشتري أن يرجع للبائع ما يأتي :

أولا : المبيع المعيب على الحالة التي كان عليها منذ تسلمه مع متعلقاته التابعة له في البيع وما صار منه بعد العقد .

ثانيا : غلة المبيع من وقت التراض على الفسخ أو الحكم به وكذا قبل ذلك إلا إذا كانت الغلة ثمرة لم تؤبر عند الشراء وجدها المشتري ولو قبل بدء صلاحها، فإنه حينئذ يفوز بها كما يفوز بها إذا بدأ صلاحها وإن لم يجدها .

كما أن البائع يؤدي للمشتري :

أولا : ما أنفقه على الغلة التي ردها إليه.

ثانيا : الثمن الذي قبضه من المشتري مع مصاريف إتمام العقد.

ثالثا : الخسائر التي تسبب فيها البائع إن كان مدلسا "(2).

ب ـ التزامات المدين بالضمان (البائع)

يمكن رد التزامات البائع باعتباره مدينا بالضمان إلى التزامات

---

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 266 .

(2) - الفصل 561 مغربي مطابق تماما .

عامة تكون مفروضة على جميع المدينين بالضمان، والتزامات إضافية تفرض على البائع في حالة ما إذا كان سئ النية، وفيما يلي تفصيل ذلك :

1 ـ التزامات البائع العامة : ألزمت المادة 1646 قانون مدني فرنسي البائع حسن النية بأن يرد للمشتري ثمن المبيع الذي دفعه إضافة إلى المصاريف التي وجدت بسبب البيع[1].

أما المشرع الجزائري فقد أحال في المادة 381 من القانون المدني إلى تطبيق أحكام ضمان الإستحقاق المنصوص عنها في المادة 376 من نفس القانون .

ومعنى ذلك أن البائع ملزم بتعويض المشتري عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب طبقا لأحكام المادة 375 من القانون المدني الجزائري. ويتمثل هذا التعويض في قيمة المبيع وقت نزع اليد. وقيمة الثمار والمصاريف النافعة والمصاريف الكمالية إذا كان البائع سئ النية .

وعموما جميع مصاريف دعوى الضمان باستثناء ماكان المشتري يستطيع أن يتقيه منها .

أ ـ رد قيمة المبيع والفوائد القانونية : يلتزم البائع بأن يرد للمشتري قيمة المبيع وقت ظهور العيب. ويستحق المشتري هذه القيمة سواء زادت أو نقصت على الثمن الذي دفعه للبائع. ولا خلاف في الفقه الفرنسي حول هذه النقطة نظرا لصراحة نص المادة 1646 قانون مدني فرنسي التي تلزم البائع برد ثمن المبيع إلى المشتري. أما الفقه المصري فمنقسم إلى فريقين :

---

(1) - وهذا هو نص المادة 1646 مدني فرنسي :

- Article 1646 : « Si Le Vendeur Ignorait Les Vices de la Chose , il Ne Sera Tenu Qu'a La Restitution du Prix et a Rembourser à L'acquereur les Frais Occasionneés Par la Vente ».

فريق يرى أن البائع ملزم برد قيمة المبيع وقت ظهور العيب قياسا على قيمة المبيع وقت الإستحقاق[1] .

أما الفريق الثاني فيذهب إلى أن البائع ملزم برد قيمة المبيع غير معيب وقت البيع[2].

كما يلتزم البائع ـ إلى جانب قيمة المبيع ـ برد الفوائد القانونية من وقت ظهور العيب أيضا .

ب ـ رد المصروفات : سبق القول أن المشتري ملزم برد المبيع إلى البائع بالحالة التي وجد عليها عند التسليم، بمعنى أن البائع يسترد المبيع دون زيادة أو نقصان. لكن هناك مصروفات أخرى وهي عبارة عن الزيادات التي أوجدها المشتري بفعله. فالمفروض أن يلتزم البائع بردها للمشتري إن كان ذلك ممكنا. أما إذا تعذر ذلك فما مدى التزام البائع بدفع مقابل لها ؟.

تنقسم هذه المصروفات إلى قسمين : مصروفات أنفقها المشتري على المبيع ذاته ومصروفات أنفقها عند رجوعه على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية.

فالنوع الأول من المصروفات يلتزم البائع كقاعدة بردها للمشتري بشرط أن يكون هذا الأخير حسن النية، أي لايعلم بالعيب، وهذا الإلتزم مفروض على البائع بصريح نص المادة 375 المذكورة آنفا . وعليه إذا كان المشتري سئ النية فإن ذلك يكون له تأثير على وجود هذا الإلتزام على البائع بحيث يتحلل من هذا

---

(1) ـ **د. عبدالمنعم البدراوي** : المرجع السابق ، ص 526 .
ـ **توفيق فرج** : البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 471 ، هامش رقم 1 .
(2) ـ **د. السنهوري** : ممصادر الالتزام ،ج4 ، المرجع السابق ، ص 742 ، بند 374 .

الإلتزام كلية[1].

والمصروفات الواجب ردها للمشتري هي المصروفات الضرورية لحفظ المبيع وصيانته، كترميم حائط في الفترة بين البيع والرد. لأن هذه المصروفات كان لابد منها حتى ولو كان المبيع في يد البائع، وحتى لايثري البائع بسببها على حساب المشتري.

كما يلتزم البائع برد كافة المصاريف النافعة والمصاريف الكمالية إذا كان البائع سئ النية، أي كان عالما وقت إبرام العقد أن المبيع معيب.

ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على مصاريف العقد، ومع ذلك فهناك من يرى أن للمشتري الحق في الحصول على مصاريف العقد والرسوم القانونية المقررة لإبرام العقد إذا كان حسن النية، على أساس أنها تعتبر تابعة للثمن أو القيمة بل لأنها تعتبر بمثابة تعويض للمشتري عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[2]. في حين يرى آخرون أن مصاريف العقد تعتبر تابعة للثمن[3].

أما المشرع التونسي فقد نص صراحة في المادة 660 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على الزام البائع بأن يرد للمشتري الثمن الذي قبضه من هذا الأخير إضافة إلى مصاريف العقد التي دفعها. وهذا ما نص عليه الفصل 660 من المجلة بقوله : "... كما أن البائع يؤدي للمشتري :

---

(1) - **د. عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 275 .

(2) - **د. عبدالمنعم البدراوي** : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 489 . - **د. أنور سلطان** : عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 316 . - **د. توفيق فرج** : البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص 370 .

(3) - **د. السنهوري** : مصادر الالتزام ،ج4 ، المرجع السابق ، ص 742 .

أولا : ما أنفقه على الغلة التي ردها إليه.
ثانيا : الثمن الذي قبضه من المشتري مع مصاريف إتمام العقد

.
ثالثا : الخسائر التي تسبب فيها البائع إن كان مدلسا ".

أما النوع الثاني من المصروفات فهي المصروفات الناتجة عن دعوى الضمان، فيلتزم البائع بردها للمشتري إذا كان البائع هو الذي دفع المشتري إلى اللجوء إلى القضاء فعندئذ يلتزم البائع بأن يرد له مصروفات دعوى الضمان. والحقيقة أن هذا الحكم يعتبر قاعدة عامة ينص عليها عادة قانون الإجراءات المدنية تطبق على جميع الدعاوى والتي تلزم خاسر الدعوى بتحمل مصاريفها.

كما أن المادة 374 مدني جزائري أشارت إليها صراحة بقولها : " عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشئ المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو شئ آخر فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شئ آخر مع مصاريف الخصام ".

هذا بالإضافة إلى ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 375 قانون مدني جزائري المشار إليها آنفا والتي جاء فيها : "... جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق ... ".

2 ـ التزامات البائع الإضافية : تقدم أن البائع المهني أو التاجر يفترض فيه العلم بالعيب، إلا أن قرينة العلم بالعيب هذه تعتبر بسيطة يمكن إثبات عكسها، لكن القضاء يجري على عكس ذلك ـ كما رأينا ـ ويعتبرها قرينة قاطعة، لايمكن إثبات عكسها[1].

وإذا كان الفقه والقضاء متفقان في عمومها فيما يتعلق بالبائع

(1) - Cass. Civ. f. 24/11/1954. Semaine Juridique 1955 - 8565 .
- Tribunal d e Nimes : 25 /04/1960 Dalloz 1960 - 725 , Observation . R. Savatier.

الصانع، إلا أن الخلاف قد ثار بالنسبة للبائع المهني أو التاجر المحترف. نظرا لكون هذا الأخير ليس صانعا للشئ المبيع وبالتالي إمكانية جهله حالة المبيع. فمجرد كون البائع تاجرا لايجعله سئ النية إذ لايفترض فيه العلم بالعيب إلا إذا كان هو الصانع للشئ المبيع .

لكن إذا ثبت علم البائع بالعيب سواء كان ذلك حقيقة أو إفتراضا فإنه طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية يتحمل المتعاقد المسؤول ـ إذا كان سئ النية ـ جميع الأضرار متوقعة كانت أم غير متوقعة .

وهذا مانصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 182 قانون مدني جزائري بقولها : "... غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ".

فمفهوم المخالفة لهذه الفقرة أن المدين بالإلتزام الناتج عن العقد يلتزم في حالة ما إذا كان سئ النية بتعويض الدائن عن الضرر المتوقع وغير المتوقع .

ثانيا : مشتملات الرد في الشريعة الإسلامية

سبق القول أن الفقه الإسلامي يجيز للمشتري في حالة ثبوت الحق في ضمان العيب الخفي فسخ العقد أو إمضائه، وأن هذا الفسخ مختلف فيه، فإما أن يقع بإرادة منفردة وإما باللجوء إلى القضاء. ومهما كانت الإختلافات بين مذاهب الفقه الإسلامي حول طريقة حصول فسخ العقد، فإن المتفق عليه هو أن كل طرف، في حالة الفسخ يسترد المقابل الذي قدمه للمتعاقد الآخر، ففي عقد البيع يرد المشتري المبيع إلى البائع ويسترد منه الثمن[1] وليس قيمة المبيع

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص 289 .

كما هو الشأن في القانون المدني الجزائري.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية لايجيزون للمشتري المطالبة بفوائد الثمن، لأن الفوائد محرمة شرعا.

ويلتزم المشتري برد المبيع بالحالة التي كان عليها وقت القبض. فقد جاء أنه: "... إن كان المشتري قطع الثوب وخاطه أو صبغه، ثم أطلع على عيب ... إمتنع الرد بسبب الزيادة المتصلة وإنما إمتنع لأنه لا وجه للفسخ في الأصل (الثوب بدون الصبغ) لأنه لاينفك عنه ولا إلى الفسخ معها لأن الزيادة ليست مبيعة والفسخ لايرد على غير المبيع لأنه رفع ما كان من المبيع فيبقى ما كان من المبيع والثمن ما كان، فلو رده على الزيادة يلزم الربا، فإن الزيادة حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معنى الربا أو شبهته، ولشبهة الربا حكم الربا فلا يجوز ... "[1].

كما ورد مثال آخر في الفتاوى الهندية أنه : " إذا إشترى شاة أو بقرة مع ولدها فعلم بعيب ثم أرتضع منها الولد كان له أن يردها، وإن كان هو أرسل الولد عليها وإن إحتلب المشتري من لبنها شيئا فشربه أو سقاه ولده بعدما علم بالعيب كان ذلك رضا بالعيب ... "[2].

وواضح من المثالين السابقين أن الزيادة في الشئ المبيع أو النقصان يمنع الرد، وعليه يجب ـ حسب جمهور الفقه الإسلامي ـ أن يكون المبيع على حاله، أي يجب أن يرد المبيع بالحالة التي كان عليها وقت القبض .

وإذا كان الأصل ـ حسب فقهاء الشريعة ـ هو أن الزيادة تمنع

ـ **الشيرازي** : المهذب ، المرجع السابق ، ص 284 .

(1) ـ **إبن الهمام** : فتح القدير ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 160 .

(2) ـ الفتاوي الهندية : ، المرجع السابق ، ص 68 .

الرد إلا أن الخلاف قد قام بشأن الثمار. وفيما يلي بيان ذلك :

المذهب المالكي : يرى فقهاء المالكية أن غلة ما يرد بالعيب ثابتة للمشتري من وقت البيع إلى أن يتم الفسخ، يستوي أن يكون هذا الفسخ قد تم باتفاق المتعاقدين أو من طرف القاضي، والمقصود بالغلة في نظر فقهاء المذهب المالكي هو مالايكون إستبقاؤها دليلا على الرضا كسكن الدار وتأجيرها، واللبن والصوف في الحيوانات، وهي أشياء لايترتب عنها نقصا في المبيع(1).

ويذهب المالكية أن الولد والتمر المؤبر يرد للبائع، ومن ثم فإن هذه الزوائد لاتعتبر مانعا من الرد، فترد مع الشئ المبيع في الغالب، وفي المقابل يلتزم البائع بأن يرد للمشتري ما أنفق على هذه الزوائد(2).

وقد أخذ بهذا الرأي القانون التونسي في الفصل 660 والمغربي في الفصل 561 اللذان سبقت الإشارة إليهما.

المذهب الحنفي : يميز الأحناف بين أربعة زيادات في المبيع(3)، نوعان منها تمنع الرد: وهي الزوائد المتصلة غير المتولدة كالبناء على الأرض المبيعة والزوائد المنفصلة المتولدة كنتاج المواشي(4).

ونوعان لاتمنع الرد: وهي الزوائد المتصلة المتولدة كإيجار العين المبيعة. وإذا كان النوعين الأولين لاتثور بشأنهما أية مشكة

---

(1) - **أحمد الدرديري** : الشرح الصغير، ج4 ، المرجع السابق ،ص 247. - بداية المجتهد **لإبن رشد** : ج2 ، المرجع السابق ،ص 207 .

(2) - ومع ذلك أشار البعض أن الثمر لايرد إلى البائع عند الإمام مالك (**إبن قدامة** : المغنى مع الشرح الكبير، ج4 ، المرجع السابق ،ص 239) .

(3) - **إبن عابدين** : في حاشية رد المختار ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 19 . - **الكمال بن الهمام** : فتح القديــر، ج5، المرجع السابق ، ص 161 . - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ،المرجع السابق، ص 285.

(4) - مع الإشارة أن هذا النوع من الزوائد لايمنع الرد إلا إذا حدثت الزيادة بعد القبض .

لعدم جواز الفسخ، فإن النوعين الأخيرين يجوز فيهما فسخ العقد، ولذلك يثور التساؤل حول أحقية هذه الزيادات ؟.

يجيب فقهاء المذهب الحنفي عن هذا التساؤل بالقول ان زوائد المبيع المتصلة كالسمنة وما يطرأ على المبيع من تحسن كالجمال ترد مع المبيع لسببين إثنين :

السبب الأول : ويرجع ذلك إلى صعوبة فصل هذا النوع من الزوائد.

السبب الثاني : يعود لإمتناع أخذ عوض عنها لأن هذا العوض يعد زيادة بدون مقابل وهذا يعتبر ربا[1].

أما زوائد المبيع المنفصلة غير المتولدة ككسب الشئ وغلته الناتجة عن إيجارة فهي ـ عند فسخ العقد ـ تعود للمشتري عند أبي حنيفة لأنها لم تتولد من المبيع وإنما من منافعه ولكنه يرى أنها لاتعود للمشتري قبل القبض لأنها ربح مالم يضمن وبعد القبض تطيب له ، أما عند الصاحبين فهذا النوع من الزوائد يرد في حالة الفسخ مع المبيع إلى البائع[2].

وقد ورد في فتح القدير ما معناه أن الزوائد المنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع الرد. أما غير المتولدة كأجرة المبيع فلاتمنع الرد، بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة، وفي هذا النوع من الزوائد هو الذي ورد فيه حديث رسول الله T } الخراج بالضمان {[3].

المذهب الشافعي والحنبلي : يتفق الشافعية والحنابلة في حكم الثمار عند الفسخ ـ فحسبهم يجوز للمشتري الإحتفاظ بالثمار لنفسه

(1) ـ **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، ج5 ، المرجع السابق ،ص 161 .
(2) ـ **الكاساني** : بدائع الصنائع، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 161 .
(3) ـ **الكاساني** : بدائع الصنائع، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 161 .

إذا كانت منفصلة عن المبيع، يستوي أن تكون منفصلة غير متولدة كالغلة الناتجة عن إيجار العقار أو منفصلة متولدة عن المبيع، مثل نتاج المواشي وثمار الأشجار، ويستحق المشتري هذه الثمار في مقابل الضمان عملا بالحديث الشريف { الخراج بالضمان }[1].

وقد ورد في المهذب للشيرازي أنه : " وإن وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت، فإن كانت الزيادة لاتتميز كالسمن، واختار (المشتري) الرد، رد مع الزيادة لأنها لاتنفرد عن الأصل في الملك، فلا يجوز أن ترد دونها، وإن كانت زيادة منفصلة كإكساب العبد فله (المشتري) أن يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة رضي الله عنها... { الخراج بالضمان }، وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمر لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل "[2].

وورد في المغنى لإبن قدامة من أنه " لايخلو المبيع من أن يكون بحاله فإنه (المشتري) يرده ويأخذ رأسماله، أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان : أحدهما أن تكون الزيادة متصلةكالسمن والكبر والتعلم ... فإنه (المشتري) يردها بنمائها ... القسم الثاني أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان أحدهما أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب، والخدمة والأجرة ... فكل ذلك للمشتري في مقابل ضمانه... النوع الثاني أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضا، ويرد الأصل بدونها، وبهذا قال الشافعي "[3].

أما إذا كانت الزيادة متصلة فهي تتبع المبيع وترد معه لعدم

---

(1) - **الشيرازي** : المهذب ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 285 .

(2) - **الشيرازي** : المهذب ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 285 .
نفس المعنى : مغنى المحتاج ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 62 .

(3) - **إبن قدامة** : المغنى مع الشرح الكبير، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 239 .

امكانية فصلهما.

المذهب الزيدي : يقسم فقهاء المذهب الزيدي ثمار المبيع إلى فوائد فرعية وفوائد أصلية، فالنوع الأول وهي مالا جرم لها من نفس المبيع، كالأجرة فتكون للمشتري . أما النوع الثاني وهي الفوائد الأصلية وهي التي لها جرم من نفس المبيع كنتاج الماشية وأصوافها وثمار الأشجار، فتكون للمشتري أيضا إذا كان الفسخ قد تم بالتراضي، ولم يشمل العقد هذه الفوائد، أما إن كان العقد قد شملها أو كان الرد بمقتضى حكم فإنها ترد مع المبيع للبائع .

فقد جاء في التاج المذهب أنه : " واعلم أنه مهما ثبت رد المعيب فإنه يرد دون الفوائد الفرعية، وهي مالا جرم لها من نفس المبيع كالكراء وكسب العبد ونحو ذلك مطلقا، فسواء فسخ (العقد) بالحكم أو بالتراضي. وكذا الفوائد الأصلية وهي مالها جرم من نفس المبيع كالولد والثمر والصوف، فإنها لاترد مع المعيب إذا لم يشملها العقد ، إلا أن يفسخ المعيب بحكم، فإنه يجب على المشتري رد الفوائد الأصلية مع المبيع لأنه فسخ للعقد من أصله "[1].

ويبرر فقهاء الزيدية مسألة التفرقة في الفوائد الأصلية بين كون الفسخ قد تم بالتراضي أو بحكم من القاضي بالقول أن الفسخ بالتراضي يعتبر بمثابة عقد جديد فكأن المشتري قد باع الشئ المعيب من البائع له، وهذا البيع الجديد لايتناول الفوائد الأصلية، فتكون للمشتري في هذه الصورة بخلاف الفسخ بحكم المحكمة فإنه فسخ للعقد من أصله يعيد المبيع وفوائده الأصلية إلى البائع[2].

وحسب مذهب الزيدية لايجوز للمشتري في حالة الفسخ

---

(1) - **العنسي** : التاج المذهب ، ج 2 ، المرجع السابق ،ص 427 .

(2) - المرتضى في الغيب المدرار ، ورقة 39 مشار إليه في رسالة عبدالله عبدالله محمد العلفي ، ص 559 .

الرجـــوع على البائع بما أنفق على المبيع سواء كان هذا الفسخ قد تم بالإتفـــــاق أو بالتراضي[1].

ومع ذلك فقد إنتقد الإمام الشوكاني ما ذهب إليه فقهاء الزيدية في التفرقة بين الفوائد الفرعية والفوائد الأصلية، لأن الفوائد الأصلية كالفوائد الفرعية تكون للمشتري عملا بحديث { الخراج بالضمان } وانتقد أيضا قولهم بعدم رجوع المشتري على البائع بما أنفق على المبيع منوها إلى أن البائع لايستحق هذه الحماية بسبب تغريره بالمشتري ببيعه الشئ المعيب لاسيما إذا كان عالما بالعيب وقد إستدل على ذلك بحدث الرسول T { لايحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له }[2].

وخلاصة القول في الفقه الإسلامي أن الفقهاء مجمعون على أحقية المشتري في نوع معين من الثمار وهي كسب المبيع وغلته أو ما يسمى عند فقهاء الأحناف بالزوائد المنفصلة غير المتولدة.

ولكن يختلف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بعد ذلك حول نوع آخر من الثمار وهي الزوائد المنفصلة المتولدة ، مثل نتاج المواشي ثمار الأشجار واللبن والصوف.

فالأحناف يجعلونها مانعة من الرد، والمالكية لايجعلونها مانعة من الرد، ويجعل اللبن والصوف للمشتري ونتاج الحيوان يرد للبائع.

أما الشافعية والحنابلة والزيدية فهم يرون أنه في حالة الفسخ بالتراضي فإن هذه الثمار لاتمنع الرد وتكون للمشتري عند الفسخ .

---

(1) - **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 414 .
(2) - عبد الرسول عبد الرضا محمد ، المرجع السابق ، ص 332.

وتجدر الملاحظة أن الثمار المذكورة سابقا بنوعيها تكون بمثابة تعويض عن الفوائد القانونية التي يستحقها المشتري على القيمة في القوانين الوضعية، حيث لايسترد المشتري في الفقه الإسلامي سوى الثمن وليس له الحق في المطالبة بالفوائد، ويعوضه عن هذه الفوائد بإحتفاظه بالثمار .

أما المصاريف فقد أشار فقهاء الأحناف إلى أن نفقات رد المبيع إلى البائع تقع على عاتق المشتري(1).

وبالنسبة لتعويض المشتري عما فاته من كسب وما لحقه من خســـارة فلم تشر كتب الفقه الإسلامي إلى أن البائع يلتزم عند الفسخ بالعيــب بتعويض المشتري الضرر الذي أصابه من جراء ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.

المطلب الثالث

موانـــــع الـــــرد

سبق القول أن قيام العيب الخفي يمنح للمشتري الحق في رد المبيع، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا ، وبعبارة أخرى فإن المشتري قد يمنع من إستعمال دعوى رد المبيع لعدة أسباب، فقد لايسلم المبيع للمشتري وقد تحدث فيه زيادة مانعة من الرد أو يهلك المبيع لأي سبب من الأسباب أو يشوبه عيب جديد إلى جانب العيب القديم، فهذه الأموروغيرها تمنع المشتري من رد الشئ المبيع إلى البائع، وعندئذ لايبقى أمامه سوى طريق واحد وهو المطالبة بإنقاص الثمن أو التعويض.

وعليه سنبحث هذه الموانع في القانون والفقه الإسلامي على التوالي :

---

(1) - **إبن عابدين** : رد المحتار ، المرجع السابق ، ص 16 .
- **البهوتي** : كشاف القناع : المرجع السابق ، ص 218 .

اولا : موانــع الـرد في القانـون الوضعي

1 ـ إستعمال المبيع إستعمالا يحط من قيمته

نص المشرع التونسي في الفصل 663 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على أنه : " لاحق للمشتري في فسخ البيع وإنما له أن يطلب تنقيص الثمن في حالتين :

أولهما : إذا تعيب المبيع بتفريط منه أو من هو مسؤول عنه .
ثانيهما : إذا إستعمل المبيع إستعمالا يحط من قيمته بقدر له بال إذا كان الإستعمال قبل الإطلاع على العيب، أما بعده فحكمه ما يأتي في الفصل 671".

ونص المشرع المغربي في الفصل 564 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي على أنه : " لامحل للفسخ، وليس للمشتري إلا إنقاص الثمن :

أولا : إذا كان الشئ قد تعيب بخطئه أو بخطأ من يسأل عنهم .
ثانيا : إذا كان قد إستعمل الشئ إستعمالا من شأنه أن ينقص من قيمته بكيفية محسوسة، ويطبق نفس الحكم إذا كان قد إستعمل الشئ قبل أن يعرف العيب. أما إذا كان قد إستعمله بعد ذلك فيطبق حكم الفصل 572 ".

فحسب هذين النصين لايملك المشتري الحق في الخيار بين دعوى رد المبيع ودعوى إنقاص الثمن، بل يكون مجبرا على سلوك طريق واحد فقط وهو دعوى إنقاص الثمن أو التعويض، وبعبارة أدق يمتنع المشتري من إستعمال دعوى الرد في حالتين :

الحالة الأولى وهي حالة ما إذا تعيب الشئ المبيع بخطأ من المشتري أو ممن هو مسؤول عنه .

والحالة الثانية إذا إستعمل المشتري المبيع إستعمالا ترتب عنه

إنقاص في قيمته.

ففي هاتين الحالتين يمتنع على المشتري إستعمال دعوى الرد ولايكون له سوى دعوى إنقاص الثمن، أي إسترجاع جزء من الثمن يساوي النقص الخاص في المبيع من جراء العيب.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على هاتين الحالتين، وعليه يرجع في ذلك إلى القواعد العامة في تنفيذ العقود .

2 - هلاك محل العقد

يعتبر هلاك الشئ المبيع أو العين المؤجرة من موانع الرد أيضا، والسب في ذلك أن اللجوء إلى فسخ العقد بسب العيب يقتضي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وفي حالة هلاك المبيع يصبح تحقيق هذا الأمر مستحيلا .

ونظرا لكون تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري ـ بعد التسليم ـ طبقا للقواعد العامة ، لذلك لايوجد ما يمنع من رجوع الدائن بالضمان على المدين به بالتعويض عن النقص الناجم عن العيب .

أما إذا كان الهلاك راجعا إلى عيب قديم في العقد فإن ذلك لايمنع المشتري من الرجوع بالضمان ولو تم الهلاك بعد القبض فيطالب بقيمته، وقد نص المشرع المغربي صراحة على هذه الحالة في الفصل 563 بقوله : " إذا هلك الشئ المبيـع بسبب العيب الذي كان يشوبه أو بحادث فجائي ناتج عن هذا العيب كان هلاكه على البائع فيلتزم برد الثمن ويلتزم أيضا بالتعويضات إذا كان سئ النية.

وهذا ما نص عليه الفصل 662 تونسي أيضا بقوله : " إذاهلك المبيع بعيب فيه أو بأمر طارئ نشأ عن العيب المذكور فهلاكه على البائع وعليه أن يرجع الثمن للمشتري مع أداء الخسائر إن كان مدلسا ".

والقانون الجزائري وإن لم يورد نص تفصيلي مماثل للنصين المغربي والتونسي إلا أنه لا يوجد ما يمنع المشتري - في حالة هلاك المبيع - من الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي، ويبدو ذلك جليا من نص المادة 382 من القانون المدني التي تقول: " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشئ المبيع وبأي سبب كان ".

وعليه إذا هلك المبيع ومهما كان سبب الهلاك فإن ذلك لايسقط دعوى الضمان ولو أن التعويض يختلف باختلاف سبب الهلاك .

فإذا هلك المبيع بفعل المشتري أو بسبب أجنبي قدر التعويض علــى أساس وجود المبيع، ويستحق المشتري تعويضا عن الأضرار التي لحقته بسبب العيب فقط. أما إذا كان الهلاك بسبب العيب فيقدر التعويض كما لــو إستحق المبيع بكامله ، فيستحق المشتري تعويضا كاملا عن كل المبيع، وقد تناول المشرع الفرنسي هذه الحالة في المادة 1647 قانون مدني التي تنص علــى أنه : " إذا شاب الشئ المبيع عيب أو تلف بسب سوء صناعته أو رداءة جودته، تحمل البائع هذا الهلاك ويلتزم بتعويض المشتري عن الخسائرالمنصوص عنها في المواد الموالية، أما إذا كان الهلاك راجعا إلى القوة القاهرة فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري"[1].

3 - حدوث عيب جديد في محل العقد

نص المشرع العراقي في المادة 1/562 ق م ، على أنه : " إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس

(1) - **ART. 1647**. C.Civ. F : « Si la Chose Qui Avait des Vices à Peri Par Suite de Sa Mauvaise Qualité . la Perte est Pour Le Vendeur , Qui Sera Tenu envers L'acheteur à la Restitution du Prix , et Aux Autres Dédomagements Expliqués Dans Les Deux Articles Précédents .

Mais La Perte Avivée Par Cas Fortuit Sera Pour Le Compte de L'acheteur ».

له أن يرد بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه، بل له أن يطالب البائع بنقصان الثمن مالم يرض البائع بأخذه على بائعه، ولم يوجد مانع من الرد "[1].

ولايوجد مقابل هذا النص في القانون المدني الجزائرين إنما ترك أمر تنظيم هذه المسألة إلى القواعد العامة .

وطبقا للقواعد العامة يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان ويطلب فسخ العقد إذا كان العيب جسيما. أما إن كان العيب غير جسيم فلا يحق له سوى المطالبة بالتعويض عن العيب القديم[2].

وعل عكس القانون الجزائري يفرق القانون التونسي مثله مثل القانون المغربي بين فرضين إثنين :

الفرض الأول : وهو عندما يكون العيب الجديد قد حدث بخطأ من المشتري أو من يسأل عنه، وفي هذه الحالة يعتبر العيب الجديد مانعا من موانع الرد وبالتالي لايكون للمشتري سوى المطالبة بإنقاص الثمن، وهذا مانص عليه الفصل 663 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية التي سبقت الإشارة إليه آنفا.

الفرض الثاني : وهو عندما يكون هذا العيب قد حدث بفعل الغير أي لايرجع إلى خطأ المشتري أو أحد تابعيه. وفي هذا الفرض يكون للمشتري حق الخيار بين رد المبيع مع تعويض البائع العيب الجديد أو الإحتفاظ بالمبيع ويرجع بالتعويض عن

---

(1) - مشار إليه في رسالة عبدالله عبدالله العلفي : المرجع السابق ، ص 567 .

(2) - ومن ذلك يرى البعض أن ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم لايمنع رد المبيع وأخذ التعويض كاملا إذا كان العيب الجديد قد حدث بسبب أجنبي قياسا على هلاك المبيع بسبب أجنبي . أما إن كان حدوث العيب الجديد بفعل المشتري فليس له سوى أخذ تعويض عن العيب (**د.السنهوري** : الوسيط، ج4 ، المرجع السابق ، ص 747 ، رقم 376) .

العيب القديم. وهذا ما نص عليه الفصل 664 تونسي (565 مغربي) بقوله : " إذا كان في المبيع عيب رد وحدث بعد تسلمه عيب جديد لاينسب للمشتري فله الخيار بين إمساكه مع الرجوع بالعيب القديم على البائع أو رده مع تحمل نقص في الثمن مناسب للعيب الحادث بعد البيع، لكن يجوز للبائع أن يطلب رد المبيع على الحالة التي هو عليها على أن يعرض عن طلب أرش في مقابلة العيب الحادث، وحينئذ يصير للمشتري الخيار بين إمساك المبيع على ما هو عليه ويسقط القيام بالعيب أو يرجعه بغير أداء أرش ".

ثانيا : موانـع الـرد في الشريعـة الإسلامية

لاتختلف موانع الرد في الشريعة عن موانع الرد التي سبق ذكرها في القانون الوضعي. فهي لاتخرج عن أمور أربعة وهي الزيادة في محل العقد وهلاكه وظهور عيب جديد بجانب العيب القديم في محل العقد، وأخيرا التصرف في الشئ المبيع، وفيما يلي بيان ذلك بإيجاز :

1 ـ الزيادة في محل العقد

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أنواع الزوائد في محل العقد التي تمنع الرد. فذهب الأحناف[1] أن هناك نوعين من الزوائد يترتب على وجودها إمتناع الرد بمقتضى خيار العيب، وهما :

(1) ـ **إبن عابدين** : حاشية رد المحتار ، المرجع السابق، ص 18 و 19 .
ـ **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 160 و 161 .
وقد جاء في شرح العناية **للباهوتي** أنه : " أعلم أن الزيادة إما متصلة أو منفصلة وكل منهما إما متولدة من المبيع أو غير متولدة، فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والحسن لاتمنع الرد في ظاهر الرواية ، وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالإتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والتمر تمنع منه لما مر من التعليل، وغير المتولدة كالكسب لاتمنع " . (**البهوتي** : شرح العناية ، بهامش فتح القدير ، ج5 ، ص 160) .

أ - الزوائد المتصلة غير المتولدة والزوائد المنفصلة المتولدة.
وقد سبقت الإشارة إليهما عند الكلام في مشتملات الرد. وعليه سنكتفي هنا بالإشارة إلى أن إتجاها في الفقه الحنفي يجيز في حالة وجود مانع من موانع الرد أن يرجع المشتري على البائع ويطالبه باسترداد جزء من الثمن يساوي النقص الحادث في المبيع بسبب العيب. وهذا الرأي يعتبر خروجا على قاعدة مستقرة لديهم(1)، وتتمثل هذه القاعدة في القول أن الرجوع بالنقصان عن العيب غير جائز لأن العيب وصف والأوصاف لايقابلها شئ من الثمن عند إنفرادها، وقد برر الحنفية هذا الخروج عن القاعدة بالقول أن الأوصاف إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن .

ويختلف الشافعية والحنابلة مع ما ذهب إليه الأحناف من إعتبار الزوائد المنفصلة المتولدة كنتاج المواشي وثمار الأشجار سببا من أسباب موانع الرد بالعيب.

فقد جاء في روضة الطالبين للإمام النووي " أن زيادة المبيع ضربان متصلة ومنفصلة، أما المتصلة كالسمن والتعليم وكبر الشجر فهي تابعة للأصل في الرد ولاشئ على البائع بسببها ، وأما المنفصلة كالأجرة والولد والثمرة ... فلا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري سواء الزوائد الحادثة قبل القبض أو بعده "(2).

وورد في المغنى لإبن قدامة أنه : " لايخلو المبيع من أن يكون بحاله فإنه يرده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد ... فذلك قسمان أحدهما أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم ... فإنه

(1) - وهذا ما سنعرضه بشئ من التفصيل عند الكلام عن دعوى إنقاص الثمن إن شاء الله .
(2) - **النووي** : روضة الطالبين ، ج 3 ، المرجع السابق ، ص 491 .

يردها بنمائها لأنها تتبع في العقود والفسوخ، القسم الثاني أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان أحدهما أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب والأجرة ... فكل ذلك للمشتري في مقابل ضمانه ... النوع الثاني أن تكون الزيادة من نوع المبيع كالولد والثمرة فهي للمشتري أيضا ويرد الأصل بدونها، وبهذا قال الشافعي "[1].

وبناء على ما تقدم يجوز للمشتري رغم وجود هذه الزوائد فســخ البيع بمقتضى ضمان العيب فيرد للبائع المبيع فقط دون الزيادة، حيث تصبــح من حق المشتري مثلها مثل الغلة والكسب عملا بالحديث الشريــف {الخراج بالضمان}[2].

ويتفق المذهب المالكي مع ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ، حيث يعتبر الزوائد المنفصلة المتولدة عن المبيع غير مانعة من الرد وتكون للمشتري عند الفسخ. إلا أنه يستثني من هذه الزوائد نتاج المواشي التي يجب ـ حسب فقهاء هذا المذهب ـ أن ترد عند فسخ العقد إلى البائع[3] .

أما المذهب الزيدي فيشترط في الزوائد المانعة من رد الشئ المعــيب شرطين :

أ ـ أن تكون هذه الزوائد مما لايمكن فصلها كصبغ الثوب وطحن الحنطة وحرث الأرض .

ب ـ أن تكون بفعل المشتري أو بفعل غيره بإذنه ومثالها البناء والغرس على الأرض المعيبة[4]. وكل هذه الزيادات التي أشار إليها الزيدية تنتمي إلى صنف واحد، من الزيادات وهي الزيادات

---

(1) - **إبن قدامة** : المغني مع الشرح الكبير، ج4 ، المرجع السابق ، ص 239 .

(2) - **الشيرازي** :المهذب،ج1، المرجع السابق، ص 285. **النووي**: روضة الطالبين، المرجع السابق، ص 491.

(3) - **إبن رشد** : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المرجع السابق ، ص 207 .

(4) - **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 425 .

المتصلة غير المتولدة .

ومفهوم المخالفة لرأي الزيدية أن الزيادات الأخرى التي لايتوافر فيها الشرطان السابقان لاتمنع الرد.

ونعتقد أن ماذهب إليه فقهاء الأحناف هو الأرجح وهو إمتناع الرد في حالة زيادة الشئ زيادة متصلة غير متولدة ، كالبناء والغرس أو زيادة منفصلة متولدة كالولد والثمر، لأن حدوث مثل هذه الزيادات يغير في الشئ ويزيد في قيمته زيادة هامة قد تكلف المتعاقد الشئ الكثير .

ولذلك فإن القول بالرد في هذه الحالات سيلحق بالمتعاقد الاخرخسارة كبيرة تمثل قيمة البناء والغرس. كما أن نتاج المواشي وثمار الأشجال تعتبر زيادات لها قيمة مالية كبيرة يصعب تجاهلها . ولذلك قال الأحناف أنه لايمكن ردها إلى البائع مع الشئ المعيب لأنها تمثل ربحا لمال لم يكن في ضمانه، ولايمكن إستبقاؤها للمشتري ورد الشئ المعيب فقط للبائع لأن هذه الزيادة ستكون للمشتري بدون مقابل[1] .

2 ـ هلاك محل العقد

يتفق جمهور الفقه الإسلامي في عمومه على أن هلاك محل العقد يمنع الرد بمقتضى ضمان العيب[2] ، وعليه إذا هلك المبيع وهو في يد المشتري إمتنع الرد لزوال محله، فتقع تبعة الهلاك

(1) ـ **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 286 .

(2) ـ الحنفية : **الكاساني** : بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص 283 . ومن الشافعية : **النووي** : روضة الطالبين ، المرجع السابق ، ص 472 . ومن المالكية : **إبن رشد** : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 203 . ومن الحنابلة : **البهوتي** : كشاف القناع ، المرجع السابق ، ص 222 . ومن الزيدية : **العنسي** : التاج المذهب ، ج2 ، ص 419 .

على المشتري، ولكن هذا الهلاك لايسقط حق المشتري في الرجوع بالأرش بالعيب على البائع، فيكون له حق الرجوع على البائع لمطالبته بتعويض يساوي النقص الناجم عن العيب.

فقد جاء أنه : (إذا تلف المبيع) المعيب (أو عتق العبد) أو لم يعلم عيبه حتى صبغ الثوب أو فسخ أو وهب المعيب أو باعه أو بعضه (تعين الأرش) لتعذر الرد وعدم وجود الرضا به ناقصا، وإن دلس البائع بأن علم العيب وكتمه عن المشري فمات المبيع أو أبق ذهب على البائع لأنه غره ورد للمشتري ما أخذه "(1).

كما ورد أنه " فإن فات المعيب بموت أو بيع أو عتق أو إبلاء أو تلف فللمشتري أو البائع الرجوع بقيمة العيب لأنه إذا لم يرهن وأخذ العيب بما عليه من الغبن فماله حرام على أخذه بغير رضاه ولاسبيل إلى رد الصفقة ، فالواجب الرجوع بما لم يرض بيد له من ماله، وكذلك من إشترى زريعة فزرعها فلم تنبت فإنه يرجع بما بين قيمتها كما هي رديئة وبين قيمتها نابتة لأنها قد تلفت عينها فإنما له الرجوع بقيمة الغبن فإن كان إشتراها على أنها نابتة ، فالصفقة فاسدة ويرد مثلها أو قيمتها إن لم توجد ويرجع بالثمن كله "(2).

كما لايهم أن يكون سبب الهلاك راجعا إلى قوة قاهرة أو إلى فعل المشتري، كأن تهلك المواشي نتيجة وباء ، أو يهلك المبيع نتيجة إستعماله من طرف المشتري قبل علمه بالعيب.

3 ـ تعيب محل العقد بعيب جديد

إختلفت المذاهب الإسلامية حول مسألة تعيب محل العقد بعيب

(1) ـ العلامة الشيخ **منصور بن يونس البهوتي** : الروض المربع بشرح زاد المستنقع، مراجعة وتحقيق وتعليق **محمد عبدالرحمن عوض** : دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، 1988 ، ص 262 .

(2) - **إبن حزم** : المحلى ، المرجع السابق ، مسألة 1572 ، ص 71 .

جديد ومدى جواز إستعمال حق رد المبيع أو عدم جوازه.

فقد ذهب فقهاء الحنفية والشافعية والزيدية إلى أنه في حالة تعيب المبيع بعيب جديد يمنع رد المبيع بمقتضى ضمان العيب القديم وذلك حماية لمصالح المدين بالضمان(1).

وبناء على ذلك إذا تعيب المبيع وهو في يد المشتري بعيب جديد إلى جانب العيب القديم إمتنع عليه الرد بضمان العيب، لأنه لايعقل أن يخرج المبيع من يد البائع بعيب واحد ويعود إليه بعيبين، ولذلك لايكون للمشتري في هذه الحالة سوى المطالبة بالتعويض عن العيب القديم.

ومع ذلك يوجد إختلاف بالنسبة للمذهب الزيدي الذي يشترط في العيب الجديد المانع من الرد شروط ثلاثة :

أ ـ أن يكون العيب قد حدث بجناية من المشتري أو من غيره .

ب ـ أن تكون تلك الجناية غير لازمة لمعرفة العيب، أي يمكن معرفة العيب بدونها .

ج ـ أن تكون الجناية صادرة ممن تضمن جنايته، فلو كانت بآفة سماوية لايمتنع الرد، فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ـ حسب هذا المذهب ـ إمتنع على المشتري رد المبيع. أما إذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف أحدها، كأن يحدث العيب الجديد بفعل الإستعمال العادي للمبيع، أو أن تكون الجناية صادرة ممن لاتضمن جنايته فإن العيب هنا لايكون مانعا من موانع الرد(2).

(1) ـ **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 159 .
ـ **الإمام النووي** : روضة الطالبين : المرجعه السابق ، ص 480 .
ـ **الشربيني الخطيب** : معني المحتاج : المرجع السابق ، ص 58 .

(2) ـ **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 421 ، 422 .

في حين ذهب فقهاء المذهب المالكي والحنبلي إلى أن العيب الجديد الحادث عند المشتري لايمنع الرد بالعيب القديم، أي أن العيب الجديد لايعتبر من موانع الرد.

وتبعا لذلك إذا حدث عيب جديد في الشئ المبيع بجانب العيب القديم جاز للمشتري إما رد المبيع ويرد معه أرش العيب الجديد، وإما الإحتفاظ بالمبيع والمطالبة بأرش العيب القديم[1].

فقد ورد أنه : " المسقط الرابع حدوث عنده آخر عند المشتري فهو بالخيار إن شاء رده ورد أرش العيب الحادث عنده وإن شاء تمسك به وأخذ أرش العيب القديم، والأرش قيمة العيب، وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له الرد، وإنما يأخذ أرش العيب القديم ".

ومن الطبيعي أنه إذا زال العيب الجديد فإن حق الرجوع بضمان العيب القديم يعود للمشتري ، لأن العيب الجديد يعتبر مانع من موانع الرد، فإذا زال هذا المانع عاد الممنوع على حاله.

4 - التصرف في محل العقد

جملة القول في هذه المسألة في الفقه الإسلامي هو إما أن يكون هذا التصرف لاحقا للعلم بالعيب وفي هذه الحالة يسقط حق الرجوع بضمان بالعيب أصلا، فلا يرد المشتري المبيع ولا أرش له، وإما أن يكون التصرف سابقا على العلم بالعيب وهنا يمتنع الرد دون الأرش[2].

فقد ذهب فقهاء الأحناف إلى أنه لو كان المبيع طعاما فأكله المشتري ثم علم بعيب فيه إمتنع عليه الرجوع بالإرش.

أما فقهاء المذهب المالكي فقالوا أنه إذا أخرج المشتري المبيع

---

(1) - القوانين الفقهية **لإبن جزي** ، المرجع الفسابق ،ص 229 .

(2) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، ج 5 ، المرجع السابق، ص 160 .

من يده قبل علمه بالعيب، وكان هذا الإخراج بعوض، فلا يجوز الرجوع على البائع بشئ في مقابل العيب، أما إذا أخرجه بدون عوض جاز له الرجوع على البائع بالإرش"[1].

وهو نفس الرأي الذي أخذ به الشافعية، حيث فرقوا بين التصرف الصادر من المشتري بعوض والتصرف الصادر بغير عوض، فإذا كان التصرف صادرا بعوض كالبيع، وهبة الثوب، فلا يحق للمشتري الرجوع على البائع بإرش العيب في المشهور عندهم. أما إن كان التصرف بغير عوض ففيه قولان :

القول الأول : أنه يجوز الرجوع بالأرش لأن المشتري لم يستدرك ظلامته.

والقول الثاني : لايرجع المشتري بشئ ، لأن المبيع ربما عاد إليه واحتاج أن يرده إلى البائع[2].

في حين يذهب الحنابلة والزيدية والإباضية إلى أن التصرف في المبيع قبل العلم بالعيب يمنع الرد مطلقا سواء كان خروج الشئ من يد المشتري بعوض أو بغير عوض، كما يكون للمشتري الحق في الرجوع بعوض العيب .

ومجمل القول في الشريعة الإسلامية أن المذاهب السابقة مجمعة على إعتبار التصرف الوارد على المبيع مانعا من موانع الرد. إنما الخلاف بينهما هو حول أحقية المشتري في الرجوع بالإرش من عدمه. فأجاز البعض الرجوع بالإرش وهم الاحناف والحنابلة والزيدية والإباضية. وفرق البعض الآخر بين التصرف

---

(1) - **الدرديري** : الشرح الصغير ، ج 4 ، ص 224 . وهذا هو راي الفقيه إبن حزم، راجع مثال الشخص الذي يشتري زريعة ولم تنبت، فيجوز له الرجوع على البائع بنقصان الثمن (إبن حزم ، ص 70 سألة 1572 المشار إليه آنفا).

(2) - **النووي** : روضة الطالبين ، ج 3 ، المرجع السابق، ص 473 .

الصادر بعوض، فمنعوا الرجوع بالارش فيه، وبين التصرف بغير عوض فأجازوا الرجوع بالإرش فيه.

ويبدو لنا أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة، وهو جواز الرجوع بالإرش في حالة التصرف في محل العقد قبل العلم بالعيب ايا كان نوع التصرف، أي سواء كان بعوض أو بغير عوض، لأن العيب هو نقص في الشئ المعيب إستحقه المتصرف إليه والأرش إستحقه المتصرف إليه بسبب العيب.

المبحث الثالث

دعوى إنقاص الثمن ACTION ESTIMATOIRE

على عكس دعوى رد المبيع التي يترتب عنها فسخ الرابطة العقدية ، تهدف دعوى انقاص الثمن الى المحافظة او الابقاء على العقد ، ويترتب عنها تعديل الاداءات في العقد .

كما ان المقدار الدي ينقص من الثمن او الاجرة يحتاج الى وضع ضوابط لبيان كيفية تقديره . و سنبحث هذه المسائل في كل من القانون والشريعة وذلك على النحو التالي .

المطلب الأول

دعوى انقاص الثمن في القانــون الوضعــي

سبق ان اشرنا في أكثر من مناسبة إلى أن من له الخيار من حقه ان يفسخ العقد أو يتمسك به، أي يحتفظ بالمبيع، وقد عرضنا للحالة الأولى وبينا المقصود بدعوى الرد ومشتملات الرد وموانعه.

وسنعرض فيما يلي الحالة الثانية وهي الحالة التي يتمسك فيها المتعاقد ببقاء العقد، سواء لأن المتعاقد أراد ذلك أو لوجود مانع من موانع الرد وذلك من خلال دعوى إنقاص الثمن.

والمقصود بهذه الدعوى : تلك الدعوى التي يرفعها الدائن بالضمان (مشتري أو مستأجر) على المدين بالضمان (البائع أو المؤجر) يطلب فيها إنقاص الثمن.فالمشتري في عقد البيع مثلا بمجرد ما يكتشف العيب يبادر بإخطار البائع بذلك خلال مدة معينة وكله أمل في أن يبدي هذا البائع تفهمه واستعداده لتسوية أمر هذا العيب بطريقة ودية، فإذا نازع البائع المشتري في العيب فلا يبقى أمام هذا الأخير سوى طريق واحد وهو اللجوء إلى القضاء إما عن طريق دعوى الرد على النحو الذي بيناه سابقا وذلك إذا كان المتعاقد يريد التخلص من المبيع كلية أو بدعوى إنقاص الثمن في حالة رغبته في الإحتفاظ بالمبيع، ولكن ما هو أساس هذه الدعوى ؟.

لقد منح المشرع للمشتري في عقد البيع وللمستأجر في عقد الإيجار الحق في الإحتفاظ بالمبيع إذا كان العيب الموجود فيه لايؤثر على إستعماله والإقتصار على المطالبة بانقاص الثمن. وهذا المسلك من المشرع يعتبر في الواقع نزولا منه عند رغبة المتعاقدين في الإبقاء على العقد، ولاسيما إذا كان تنفيذه مازال ممكنا ومفيدا لهما بما يؤدي إلى إستقرار المعاملات وبعث نوع من الطمأنينة في نفوس المتعاقدين. فما هو الأساس القانوني لدعوى تخفيض الثمن ؟ على أساس أن القانون يعتبر العقد شريعة المتعاقدين لايجوز تعديله كقاعدة إلا باتفاق الطرفين، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ". فلماذا إذن أجاز المشرع لأحد طرفي العقـد - المشتري - تعديل أحد بنود العقد الخاص بالثمن ؟.

إختلفت وجهات نظر الفقهاء حول هذه النقطة، فذهب البعض إلى أن دعوى انقاص الثمن التي منحها المشرع للمشتري تعتبر بمثابة إلغاء جزئي للعقد مقابل عدم التنفيذ الجزئي الناتج عن العيب(1).

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن هذه الدعوى هي تطبيق لنظرية تحمل التبعة Théorie des Risques، لأن تبعة الهلاك في العقود الملزمة للجانبين تقع على عاتق المدين، وعليه فإن وجود عيب خفي يعتبر بمثابة هلاك جزئي يتحمله البائع باعتباره مدينا بالإلتزام بالضمان(2).

ولكننا نميل إلى الرأي الآخر الذي يرى بأن هذه الدعوى بصورتيها ـ أي صورة الرد وصورة انقاص الثمن ـ هي دعوى من نوع خاص تختلف في أحكامها وآثارها عن الدعوى الأخرى المرفوعة طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية(3).

ورغم أننا نفضل هذا الراي الأخير على إعتبار أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة ، كما رأينا آنفا، بمعنى أن الإلتزام بالضمان هو التزام أصلي وليس تبعي. إلا أننا نسجل تحفظا بخصوص إعتبار دعوى تخفيض الثمن دعوى من نوع خاص، فهذه الدعوى تسمى دعوى إنقاص الثمن وليس دعوى من نوع خاص، وذلك بصريح نص المادة 489 قانون مدني جزائري التي

---

(1) - **MARTIN DE LA MONTE** : Sanction de L'obligation de Delivance , LA Vente Commerciale de Marchandises, Paris 1959 , P 143 et Suite .
مشار إليه في مؤلف أسغد دياب ، المرجع السابق ، ص 206 .

(2) - **ROBERT SALEILLE**: Etudes Sur La Théorie Generale de L'obligation, OP CIT , P 241, N° 220.
مشار إليه في مؤلف أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 207 .

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X, OP CIT , P 135 , N° 125. « Le Code Organise Une Action Spéciale Soumise à des Régles Particuliéres Produisant Certains Effets Spéciaux ».

تنص على أنه :" إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لايكون نفقة باهضة عليه.

فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه مالم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب ".

فهذا النص صريح في تسمية هذه الدعوى بدعوى انقاص الثمن ، وكان من الأجدر بالمشرع الجزائري ـ حسب رأينا ـ أن يسميها كذلك في المادة 379 من القانون المدني الخاصة بعقد البيع ، كما فعل في المادة 489 الخاصة بعقد الإيجار تفاديا لأي التباس أو تأويل، كما كان من الأجدر له أن يفصل أحكام ضمان العيوب الخفية عن أحكام ضمان الإستحقاق.

وهذا مافعله المشرع التونسي في الفصل 663 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية بنصه على أنه : " لاحق للمشتري في فسخ البيع وإنما له أن يطلب تنقيص الثمن في حالتين :

أولهما : إذا تعيب المبيع بتفريط منه أو ممن هو مسؤول عنه .
ثانيهما : إذا إستعمل المبيع إستعمالا يحط من قيمته بقدر له بال إذا كان الإستعمال قبل الإطلاع على العيب، أما بعده فحكمه ما يأتي في الفصل 671".

وقد إستعملت هذه التسمية أيضا في الفصل 666 من نفس المجلة والفصلين 564 و 567 مغربي.

وأما عن الطريقة التي يتم بموجبها تقدير إنقاص الثمن فقد أشارت المادة 1644 قانون مدني فرنسي على أن الجزء الواجب

رده عند الحكم بانقاص الثمن يتم تحديده بواسطة أهل الخبرة ، إلا إذا إتفق المتعاقدان على طريقة معينة أو المقدار اللازم إنقاصه من الثمن(1).

ورأي الخبير هو رأي إستشاري بطبيعة الحال فلا يلزم قاضي الموضوع، وعليه يحق للمشتري طلب إسترداد الجزء من الثمن الذي يتناسب مع النقص الحاصل الذي أوجده العيب في قيمة المبيع أو منفعته(2).

أما على مستوى الفقه فقد إختلفت وجهات نظر الفقهاء حول الطريقة الواجب إتباعها لتقدير إنقاص الثمن. فقال البعض بأنه يتعين على القاضي أن يستعين في الحكم بإنقاص الثمن بمعرفة القيمة التجارية للشئ باعتباره خاليا من العيوب ، ثم يقدر قيمته التجارية على أساس أنه معيب ويحكم بالفرق بين القيمتين(3). إلا أن هذه الطريقة في تقدير إنقاص الثمن يوجه لها إنتقادا مفاده أن تقدير القيمة التجارية للشئ المعيب أمر لايخلوا من الصعوبة لأن ذلك يختلف باختلاف الصفات والميزات(4).

أما الطريقة الثانية المقترحة من طرف بعض الفقهاء لتقدير إنقاص الثمن فهي أن يجعل القاضي الثمن المسمى في العقد هو الأساس. ثم يقدر بواسطة أهل الخبرة القيمة التجارية للشئ معيبا. فيلتزم البائع بدفع الفرق بين الثمن المدفوع والقيمة التجارية المقدرة من طرف الخبير، فإذا كان الثمن المسمى ستون دينارا مثلا وقدرت القيمة التجارية للشئ وهو معيب بـ 30 دينارا فيلتزم البائع

(1) - **BAUDRY et SAIGNAT** : OP CIT, P 457 , N° 438 . « Ce Mode de Determination de la Portion du Prix a Restituer ne Pouvait Pas étre Remplacé Par Un Autre , a Moins que les Parties ne L'acceptent d'un Commun Accord » .

(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T, X , OP CIT , P 154 , N° 135.

(3) - **ROBERT SALEILLE** : OP CIT , N° 141 . - Aref Thése Préciteé , P 99 .

(4) - **MONIER** : Thése Préciteé , OP CIT , P 193 .

أن يرد للمشتري مبلغ 30 دينار [1].

وقد إنتقدت هذه الطريقة أيضا نظرا لصعوبة تحديد القمة التجاريــة للشئ وهو معيب، كما أنها لاتعتد بالمنفعة التي يحصل عليها المتعاقد بسبب إبرامه العقد.

الطريقة الثالثة لتقدير إنقاص الثمن وهي القائلة أن على القاضي أن يعتمد وجهة النظر الشخصية التي تتفق ووجهة نظر المشتري، فيأخذ الثمن كأساس ثم يحدد الثمن الذي كان سيدفعه المشتري لو كان يعلم بالعيب ثم يحكم على البائع بأن يدفع الفرق بين المبلغين[2].

لكن النقد الموجه لهذه الطريقة أنها لاتبين كيفية تقدير المبلغ الذي كان سيدفعه المشتري لو علم بالعيب.

الطريقة الرابعة وهي أن يخصم جزء من الثمن يتناسب مع النقص الذي أوجده العيب في قيمة الشئ محسوبا وفقا للقيمة الحقيقية لهذا الشئ، فإذا فقد الشئ ربع قيمته وجب رد ربع الثمن المسمى للمشتري. ويفضل البعض هذه الطريقة كونها أقرب إلى المنطق والعدالة[3].

أما المشرع الجزائري فقد إعتبر دعوى الضمان في حالة إختيار المشتري الإحتفاظ بالمبيع دعوى تعويض (المادة 376 م ج) ولكننا نعتقد أن المشرع الجزائري قد قصد بالتعويض بالنسبة

---

(1) - **REBERT SALEILLE** : OP CIT , N° 142 .

(2) - **MONIER** : OP CIT , P 194 - 195 .

وهذه هي الطريقة التي يفضلها هذا الفقيه .

(3) -AL **AREF ABILIN ARSTCH** : ,De La Theorie Generale de la Garantie pour vices caches a l.exclusion de la vente et echange d. animaux domestiques , these pour le doctorat , paris 1936 P 100 .

لدعوى ضمان العيوب الخفية الفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا. وبعبارة أدق تعويض المشتري مالحقه من خسارة ومافاته من كسب بسبب وجود العيب[1].

وإذا كان البائع سئ النية التزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، أما إذا كان حسن النية فلا يلتزم إلا بتعويض الضرر المباشر المتوقع فقط[2].

أما القانون التونسي (ومثله القانون المغربي) فقد نص صراحة في الفصل 659 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية على أنه : " حط الثمن يكون بتقدير قيمة المبيع سالما وقت البيع وقيمته معيبا.

وإذا شمل البيع عدة أشياء فتقدير القيمة يكون في جميعها على الوجه المذكور".

وبذلك يكون المشرع التونسي قد فصل في طريقة تقدير إنقاص الثمن ولو أن هذا التقدير يبقى محل صعوبة كونه يخضع لعدة إعتبارات .

المطلب الثاني
دعوىإنقاص الثمن في الشريعة الإسلامية

سبق القول أن هناك شبه إجماع في الفقه الإسلامي حول فكرة إنقاص الثمن في حالة وجود مانع من موانع الرد. فلايكون للدائن بالخيار إذا توافرت هذه الحالة سوى الرجوع بمقابل العيب.

أما في حالة عدم وجود مانع من موانع الرد فقد تباينت وجهات

---

(1) - **عبدالرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط ، ج4 ، المرجع السابق، ص 742 ، رقم 374 .

(2) - **د. سمير عبدالسيد تناغو** : المرجع السابق ، ص 376 ، رقم 77 .

نظر جمهور الفقه الإسلامي حول مسألة إنقاص الثمن .

فقد ذهب الأحناف والشافعية والزيدية والإباضية إلى القول بعدم جواز المطالبة بمقابل العيب في حالة ما إذا اختار المتعاقد التمسك بالعقد، فلا يملك هذا الأخير سوى الإختيار بين طريقين إثنين : إما فسخ العقد فيرد محل العقد ويسترد المقابل الذي دفعه للطرف الآخر، أو يمضي العقد دون أن يكون له الحق في الرجوع على الطرف الآخر بنقصان الثمن الناجم عن العيب(1)، وهذا معناه عدم جواز المطالبة بإنقاص الثمن حسب هذه المذاهب، أي ليس للمتعاقد أن يمسك المبيع ويرجع على البائع بنقصان الثمن.

ويستدل فقهاء هذه المذاهب على ماذهبوا إليه بأن العيب يعتبر نقص في أوصاف المبيع، والأوصاف لايقابلها شئ من الثمن لأنها تابعة، وعليه لايجبر البائع على إنقاص الثمن إذا فات وصف من الأوصاف.

كما أن البائع لم يرض بزوال محل العقد عن ملكه بأقل من الثمن المسمى، بالرغم من كونه معيبا، ولو ألزم البائع برد ما نقص في المبيع بسب العيب لألزم بإخراج المبيع عن ملكه بعوض لم يرضه وذلك ضرر به، ولايجوز أن يرفع الضرر عن المشتري بإثبات ضرر البائع، وعليه يجب إما فسخ العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو المضي في العقد بالحالة التي هو عليها(2).

بينما ذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى جواز المطالبة بمقابل العيب أو نقصان الثمن في حالة ما إذا إختار المشتري التمسك

---

(1) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير، المرجع السابق ، ص 152. - **الكاساني** : بدائع الصنائع، ج5 ، المرجع السابق ، ص 288 . - **الشيرازي** : المهذب ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 234 . - **محمد الشربيني الخطيب** : مغنى المحتاج ، ج2 ، المرجع السابق ، ص 56 .

(2) - **المرغيناني** : في الهداية مع فتح القدير، ص153 .

بالعقد، فيحق لهذا الأخير مطالبة البائع بالأرش[1] .

فقد جاء في المغني مع الشرح الكبير أنه : " فمن إشترى معيبا لايعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الارش، وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن... فإن إختار إمساك المعيب وأخذ الأرش فله ذلك ، وبه قال أبو إسحاق، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الإمساك أو الرد ولا أرش له إلا أن يتعذرردالمبيع "[2].

ويستند أصحاب هذا المذهب في تبرير رأيهم إلى أن المشتري قد إكتشف عيبا لم يكن يعلمه فله ارش هذا العيب قياسا على الحالة التي تعيب فيها المبيع وهو بيد البائع، والعيب يفوت جزءا من المبيع فيكون للمشتري حق المطالبة بعوض هذا الجزء[3].

في حين ذهب فقهاء المالكية إلى التفرقة بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، ففي حالة العيب الجسيم يتفق المذهب المالكي مع ما ذهب إليه الأحناف والشافعية ومن معهم، حيث يخير المشتري بين أمرين لاثالث لهما، وهما إما رد المبيع أو الإمساك دون أرش، أي دون المطالبة بانقاص الثمن بسبب العيب[4].

أما إذا كان العيب غير جسيم فالأمر لايخلو أن يكون العيب في منقول أو عقار فإن كان العيب في منقول فالمشتري مخير بين رد الشئ المعيب أو إمساكه حسب ما هو وارد في مدونة الإمام مالك. فلا فرق بين هذه الصورة وسابقتها وهي العيب الجسيم . أما إذا كان العيب غير الجسيم في العقار فلا يجوز الرد وإنما يجب أخذ

(1) - **إبن قدامة** : في المغنى مع الشرح الكبير ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 240 .
(2) - ابن قدامة - المغني مع الشرح الكبير ، ج4 ، ص 86 .
(3) - **إبن قدامة** : في المغنى مع الشرح الكبير، ج 4 المرجع السابق ، ص 240 .
(4) - **الحطاب** : مواهب الجليل، ج4 ، المرجع السابق ص 435 .

التعويض (الأرش) عن العيب .

ويبرر فقهاء المالكية سبب التفرقة بين المنقول والعقار في العيب غير الجسيم بقولهم انه من النادر أن تخلو العقارات عن العيب غير الجسيم، وهذا النوع من العيوب يمكن إصلاحه فيزول ولايبقى منه شئ. كما أن العيب غير الجسيم في العقار لايعيب إلا موضع العيب أي الجزء المعيب فقط بخلاف المنقول الذي يتعيب بكامله ويصعب إزالة العيب عنه[1] .

أما إذا كان هناك مانع من موانع الرد فلا يكون أمام المتعاقد سوى الرجوع بنقصان الثمن، لأنه لايمكن رفع الظلم إلا برجوع المتعاقد بما أوجده العيب من نقصان في القيمة لأنه الطريق الوحيد لرفع الظلم .

وقد أخذ المشرع التونسي والمغربي بما ذهب إليه فقهاء الأحناف والشافعية ومن معهم فنص الفصل 655 تونسي (556 مغربي) على أنه : " إذا وجب الرد لثبوت العيب أو لفوات الوصف كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد الثمن، فإن إختار عدم رد المبيع فلا حق له في تنقيص الثمن وإنما يكون له الحق في طلب تعويض الخسارة في الصور الآتية ... ".

أما الطريقة التي يتم بموجبها تقدير الثمن في الشريعة الاسلامية فهي نفسها التي سبقت الإشارة إليها عند الكلام عن هذه المسألة في القانون الوضعي،أي تقدير قيمة المبيع سليما وقت البيع وقيمته معيبا.

فقد أشار إبن عابدين من المذهب الحنفي بأن الرجوع بالنقصان

(1) - **الحطاب** : المرجع السابق ، ص 435 .

في الشيء المعيب "يقوم بلا عيب ثم مع العيب وينظر في التفاوت، فإن كان مقدار عشر القيمة رجع بعشر الثمن وإن كان أقل أو أكثر فعلى هذا الطريق حتي لو إشتراه بعشرة وقيمته مائة وقد نقصه العيب عشرة رجع بعشر الثمن وهو الدرهم"(1).

وورد في المهذب للشيرازي من الشافعية أن المشتري " إذا أراد الرجوع بالأرش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون، فيعلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ولايرجع بما نقص من قيمته لأن الأرش بدل عن الجزء الفائت ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن، فإذا قدر العشر منه رجع بعشر الثمن"(2) .

وجاء في فقه الحنابلة أن "معنى أرش العيب أن يقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن، فنسبته إلى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة "(3).

وهذا ما ورد في فتاوى إبن تيمية من أنه : " إشترى رجلا عبدا سليما من العيب ثم باعه كذلك فسرق العبد من المشتري الثاني مبلغا وابقا فهل يرجع بالثمن على البائع الأول ؟ أو الثاني ؟ أو بالإرش أم لا ؟.

أجاب " للمشتري أن يطالب بالارش بلا نزاع بين العلماء ،

---

(1) - **إبن عابدين** : حاشية الدر المختار ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 18 . - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 159 .

(2) - **الشيرازي** : المهذب ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 225 . - ومن الشافعية **النووي** : روضة الطالبين، المرجع السابق ، ص 472 . - **الشربيني الخطيب** : مغنى المحتاج ، المرجع السابق ، ص 54 .

(3) - **إبن قدامة** : المغنى مع الشرح الكبير ،ج 4 المرجع السابق ، ص 240 .

ومعنـــى ذلك أن يقوم العبد ولا عيب فيه ويقوم وبه هذان العيبان فما نقص من القيمة نقص من الثمن بحسابه، فإذا كانت قيمته 400 سليما وقيمته معيبا 200 حط عنه نصف الثمن "[1].

ويبدو أن الفقه المالكي لايأخذ بنقصان الثمن، فقد جاء أنه : " الأصل في كل بيع وجد به عيب أو إستحق منه بعض أن للمشتري أن يرد المعيب أو المستحق منه. إذا كان ذلك مما لايتبعض، مثل العبد والدابة والثوب، وما شاكل ذلك من سائر الأشياء، وليس للمشتري أن يقول : أنا أحتبس ، وارجع بقيمة العيب إلا أن يفوت في يده ... "[2].

فيتضح من هذا الرأي أن المذهب المالكي لايأخذ بدعوى نقصان الثمن، فالمشتري مخير بين أمرين، إما إمساك المبيع وقبوله بما فيه من عيوب أو رده واسترداد الثمن، لكن ليس له أن يحتفظ بالمبيع ويطالب بأرش العيب أي مقابل العيب .

ويتم تقدير قيمة الشئ المعيب على أساس قيمته يوم إبرام العقد إن كان العيب موجودا بهذا الشئ قبل العقد، لأن هذا اليوم هو يوم إستحقاق النقص، أما إذا كان العيب متأخرا في وجوده على إبرام العقد بأن حدث بعد التعاقد وقبل القبض (التسليم) فالقيمة المعتبرة هي قيمة الشئ يوم التسليم.

المبحث الرابع
الحق في طلب التعويض أو التنفيذ العيني

العيب الذي يشوب المبيع قد ينجم عنه ضرر يلحق بالمشتري . وقد اخذ هذا الضرر في الاتساع تبعا للتطور الصناعي والتقدم

---

(1)- مجموع فتاوي **إبن تيمية** ، المرجع السابق ، ص 391 .

(2)- أصول الفتيا في الفقه على مذهب **الإمام مالك** ، المرجع السابق ، ص 126 .

التقني في انتاج المصنوعات الحديثة . فهل يحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الدي يصيبه من جراء العيب الخفي ؟ ام هو مقيد بدعوى الرد ودعوى انقاص الثمن على النحو الدي سبق بيانه ؟وعلى من تقع تبعة مخاطر العقد ؟ وما مدى تاثير سوء او حسن نية البائع على مقدار التعويض ؟ وهل يحق للمتعاقد المطالبة بالتنفيذ العيني ؟ أي المطالبة باصلاح المبيع المعيب او استبداله بأخر سليم ؟ هذا ما سنحاول الاجابة عليه فيما يلي :

المطلب الأول
الحق في طلب التعويض

رأينا فيما سبق أن للدائن بالضمان الحق في رد المبيع أو الإحتفاظ به والمطالبة بإنقاص الثمن بالقدر الذي أحدثته العيب، إلا أن الحكم لصالح المشتري بأحدى هاتين الدعويين قد لا يحقق له كل طلباته، لأته حتى في حالة إرجاع الشيء المعيب إلى حالته فإن ذلك لا يمنع من أن يكون المشتري قد تضرر بسبب وجود هذا العيب سواء كان ذلك في جسمه أو ماله. بل قد يتعدى الضرر الناجم عن العيب ليصيب الغير.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1645 ق.م.ف على أنه " إذا كان البائع عالما بالعيب فهو ملزم ـ بالاضافة الى إعادة الثمن الذي قبضه- بتعويض كافة الأضرار والفوائد للمشترى"[1] .

وهذا ما نص عليه أيضا المشرع التونسي في الفصل 655 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية بقوله :" إذا وجب الرد لثبوت العيب أو لفوات الوصف كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع ورد

---

(1) - **ARTICLE 1645** : « Si le Vendeur Connaissait les Vices de la Chose il est Tenu - Outre la Restitution du Prix Qu'il en a Recu , DE TOUS LES Dommages et Intéréts Envers L'acheteur « » .

الثمن، فإن اختار عدم رد البيع فلا حق له في تنقيص الثمن وإنما يكون له الحق في طلب تعويض الخسارة في الصور الأتية:

أولا: إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم وجود الوصف الموعود به ولم يشترط البراءة منه، والبائع محمول على العلم بذلك إن كان تاجرا أو صانعا وباع شيئا من متعلقات تجارتة أو صناعتة..".

وقد قرر المشرع الجزائري مبدأ التعويض أيضا في الفقرة الثانية من المادة 376 من القانون المدني التي تقضي بأنه: " إذا إختار المشتري إستبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار اليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

وقد سبقت الإشارة الى أن هذا النص وإن كان يتعلق بضمان الإستحقاق إلا أنه يطبق على ضمان العيوب الخفية عملا بنص المادة 381 ق م ج، التي أحالت إليه.

وهكذا يتضح من هذه النصوص أن المشرع أقر مبدأ التعويض للمشتري في حالة ما إذا أصابه الضرر من جراء العيب. لكن يجب التفرقة في هذا الصدد بين نوعين من الأضرار التي تصيب المشتري وهما : الضرر الناتج عن البيع (La Vente) والضرر الناتج عن المبيع (La Chose Vendu) .

فالضرر الناتج عن البيع هو الضرر الذي يصيب أي مشتري نتيجة تسليمه شيئا غير صالح للغرض الذي أعد له ويتمثل هذا الضرر إما في الخسارة التي لحقت المشتري بسبب كون المبيع ليس له القيمة المنتظرة منه أو بسبب فسخ العقد(1)، وهذا الضرر

---

(1) - **H. MAZEAUD**: La Responsabilité Civile du Vendeur Fabricant, R.T.D.C, 1955, P 611.
" ce Préjudice Peut Consister Dans La Perte Eprouvée Soit Du Fait Que La Chose Livrée N'a Pas de Valeur Qu'elle Devait, Soit Par Suite de la Résiliation de Contrat Que L'acheteur Avait Passe En Escomptant Une Livaison Normale de la Marchandise Commandée ».

يصيب المشتري العادي. أما إذا كان المشتري تاجرا أو صانعا فإن الضرر الذي يصيبه قد يتمثل في التأخير في إنتاج صناعته، وهذا ما يطلق عليه الضرر التجاري(1).

أما الضرر الناتج عن المبيع فيقصد به جميع الأضرار التي تنتج عن الشيء المبيع وليس الضرر التجاري. ومثال ذلك إنفجار إطار سيارة أو مقودها مما يتسبب عنه وقوع حادث يلحق ضررا بالمشتري أو بأملاكه.

أولا : أثر سوء النية في طلب التعويض

بغض النظر عن الضرر الذي يصيب المشتري فقد فرق المشرع ـ كما رأينا ـ بين البائع الذي يعلم بالعيب والبائع الذي يجهل العيب. فمن هو البائع العالم بالعيب أو البائع سيء النية ؟.

البائع سيء النية أو العالم بالعيب

لتحديد البائع العالم بالعيب أو سيء النية يجب أن نفرق بين البائع المحترف أو الصانع والبائع العرضي أو العادي .

فالبائع الصانع (Le Vendeur Fadricant) " هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بمفرده أو عن طريق المشاركة وفي إطار حرفته بأعمال متكررة تتطلب معارف فنية تتطابق مع المعطيات العلمية التي يملكها سواء بنفسه أو بواسطة غيره بشرط أن يحوز ثقة نظائره"(2).

(1) - **H. MAZEAUD** : OP CIT , R.T.D.C , 1955 , P 112 .

(2) - **THEODORE IVAINER** : « De L'ordre Technique à L'ordre Public Technoloqique ». J.C.P. 1972 - 1 - 1495 , N° 20 .

أما البائع المحترف (Le Vendeur Professionnel) فهو الذي يتصرف عادة بإعتباره المصدر الأساسي لبضاعة معينة[1].

وقد سوى الفقهاء بين البائع الصانع و البائع المحترف من حيث إفتراض العلم بالعيب. فوضعوا قرينة على عاتقهما وإعتبروا العلم بالعيب بمثابة سوء النية. ولكن لا يقصد بسوء نية البائع الصانع أو المحترف في هذه الحالة المفهوم العام للكلمة أي توفر نية الإضرار بالمشتري، وإنما المقصود هنا سوء النية بالمفهوم الفني[2].

وعلى مستوي النصوص فقد نص المشرعان التونسي والمغربي صراحة على إفتراض علم البائع بالعيب إذا كان هذا الأخير تاجرا أو صانعا.

(الفصل655 تونسي والفصل 556 مغربي المشار اليهما أنفا).

أما فيما يتعلق بإعتبار قرينة العلم بالعيب قرينة قاطعة أو بسيطة فقد إختلفت أحكام القضاء بخصوص هذه المسألة. فقد كان القضاء في السابق يرى أن قرينة العلم بالعيب المفترضة في البائع الصانع أو المحترف هي قرينة بسيطة ومن تم يجوز إثبات عكسها[3]. ثم أصبح الإتجاه حاليا هو إعتبار قرينة العلم هذه قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها[4].

---

(1) - **DALLOZ** : Répertoire de Droit Civil , T. VII , Vente , Obligation du Vendeur , N° 562.
« A Cet Egard est Vendeur Professionnel Celui Qui Se Comporte Habituellement Comme Un Promoteur ».

(2) - **JURISCLASSEUR Civil** : Article 1641 - 1641 , Fax 10, N° 235 .

(3) - Tribunal de Rennes : 25 - 11 - 1955 , G.P. 1956 - 1 - 137 .

(4) - Cassation Civil Francaise : 17 - 12 - 1973, j.C.P, 1975 - 11 - 17912 .
Cass . 21-11-1972 , J.C.P , 1974 - 11 - 17890 , Note Ghestin , « il Résulte en Revanche des Dispositions de L'art . 1645 du Code Civil Que Le Vendeur Qui Connaissait Ces Vices, Auquel il Convient D'assimuller Celui Qui Par sa Proffession Ne Pouvait Les Ignorer, est Tenu , Autre la Restituton du Prix Qu'il a Recu de Tous Les Dommages et Interets Envers L'acheteur... ».

ومع ذلك فقد رأى البعض بأنه يجب التمييز بين البائع الصانع والتاجر المحترف. فالأول يكون مخطئا إذا باع شيئا مشوبا بعيب، أما الثاني فلا يكون مخطئا. وعليه تكون قرينة العلم بالعيب قاطعة بالنسبة للأول وبسيطة يمكـن
إثبات عكسها بالنسبة للثاني[1].

إلا أن هذه التفرقة بين البائع الصانع والتاجر المحترف قد إنتقدت من طرف بعض الفقهاء الذي يرى بأن هذا التمييز لا يكون صحيحا إلا إذا كان الصانع يبيع البضاعة بنفسه، ولكن من النادر أن يبيع الصانع البضاعة بنفسه وإنما يبيعها بواسطة التجار، حيث يكون هؤلاء همزة وصل بينه وبين المستهلك، فالتاجر يتصرف بإسم الصانع وعليه يجب أن يعامل معاملة البائع الصانع أيضا. من هنا لا يوجد أي مبرر للتمييز بينهما[2].

وهكذا يتفق الفقه والقضاء على إعتبار قرينة العلم بالعيب قرينة قاطعة إذا كان البائع صانعا أو تاجرا محترفا.

أما إذا كان البائع عرضيا أو عاديا وهو الشخص الذي يقوم عادة بعمل مدني وليس تجاري فيفترض فيه أنه غير عالم بالعيب أي حسن النية. وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك.

ومن هنا يتضح أن مدى الإلتزام بالتعويض يختلف عن ذلك المفروض على البائع الصانع أو التاجر المحترف. والعلم بالعيب يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات هذا بالنسبة للبائع.

(1) - **MAZEAUD** : Article Précité , R.T.D. Civil, 1955 , N° 15 .
(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 153 , N° 134 .
- **BAUDRY et SAIGNAT** : OP CIT , P 455 , N° 436 .

أما بالنسبة للمشتري فيجب أن يكون هو الآخر حسن النية أي غير عالم بالعيب فإذا أنتفت النية الحسنة أنتقى الحق في الرجوع بالعيب الخفي ومن تم التعويض.

أما إذا كان المشتري تاجرا محترفا أو صانعا هو الآخر فإن البائع المحترف يعامل في هذه الحالة معاملة البائع العرضي، وبالتالي تزول قرينة العلم بالعيب المفروضة عليه[1].

ومع ذلك فهناك من يرى أن قرينة العلم بالعيب لا تسري على المشتري المحترف تجاه البائع الصانع، بحيث يبقى أثرها محصورا بالمشتري الذي يتمتع بنفس أختصاص البائع[2].

وفي إعتقادنا أن الرأي الأخير هو الرأي الأرجح لسبب واحد ووجيه وهو أنه الأقرب إلى روح النص التشريعي. لأن المشرع في القوانين التي نصت على هذه الحالة لم يفترض قرينة العلم بالعيب إلا بالنسبة للبائع فقط دون المشتري. (655 تونسي، 556 مغربي المشار إليهما سابقا).

كما أن هذا الموقف من المشرع يمليه المنطق والعدالة وذلك أن البائع الصانع أو التاجر المحترف هو أدرى بالمبيع ومحتوياته. وإذا كان به عيب فالمفروض فيه أنه يعلمه. أما بالنسبة للمشتري فحتى لو كان محترفا فهو يجهل العيب لأنه يطمئن عادة الى البائع إلا إذا قام المشتري بشراء الشيء المبيع على مسؤوليته A Ses Risques et Périls. ففي هذه الحالة لا يستحق التعويض بطبيعة الحال[3].

(1) - **J.GHESTIN** : Conclusion Dans La Semaine Juridique 1975 - 2 - 17917.
-**A. SUDAKA** : OP CIT, P 64 . « Lorsque les Professionnels Traitent Entre Eux, Ou Renvoient a Ce Qu'on Pourait Appeler Le Droit Commun, Les Parties Sont en Pied D'égalite ».

(2) - **GEORGE BERLIOZE** : Droit de La Consommation et Droit des Contrats , J.C.P , 1974 - 1 - 1954 .

(3) - Cass. Civil . F. du 8 - 10 - 1973 , J.C.P? 1974 - 2 - 17927, Note Ghestin .
«... Mais Attentu Qu'il Résulte des enonciations de L'arrét Que, Non Seulement Dumange à Vendu le Camion Litigieux Sans Aucune Garantie à Lérondel, Mais Encore Que Ce Dernier , professionnel Comme Dumange de Commerce des Véhicules Automobiles

وإذا صرح البائع بخلو المبيع من العيب فإنه يكون ملزما بتعويض المشتري عن الضرر الذي يصيبه من جراء هذا العيب لا سيما إذا كان هذا التصريح مخالفا للحقيقة.وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 379 قانون مدني جزائري ونفس الحكم يطبق في حالة اشتراط وجود صفات معينة بالمبيع . (الفقرة الأولى من المادة 379 ق.م.ج).

وبعد إقرار مبدأ التعويض الممنوح للمشتري من طرف كل من المشرع والفقه والقضاء على النحو الذي سبق بيانه يبقى السؤال المطروح هو : هل يجب أن تكون دعوى التعويض تابعة لدعوى الرد أو لدعوى انقاص الثمن أم أنه يمكن رفعها بمفردها. أي بصورة أصلية ؟.

نصت المادة 1645 قانون مدني فرنسي على أنه : " إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع إلتزم - بالإضافة إلى رد الثمن الذي قبضه - بتعويض كافـة

الأضررا التي أصابت المشتري".

وقد إستند الفقه الفرنسي على هذا النص للإعتراف للمشتري بالرجوع على البائع ، لاسيما إذا كان سيء النية، بثلاثة دعاوى هي : دعوى رد المبيـع

ودعوى انقاص الثمن ودعوى التعويض(1).

وهذا هو موقف القانون الجزائري في المادة 2/376 على أنه : " .. في حالة ما إذا كانت الخسارة التي لحققت المشتري لم تبلغ

D'occasion . a Réalisé Cet Achat " A Ses Risques et Perils " Que des Lorsqu'elle Constatait Anssi Qu' il S,agissait D'une Vente Entre Professionnels de méme Spécialité ... ».

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT , P 154, N° 134 .

« Si Le Vendeur est de Mauvaise Fois L'acheteur Pouvait Ainsi Sans Exiger La Réduction Du Prix, Demander Seulment des Dommages Interets Correspondant Au Dommage Subi Par Lui ... ».

القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه".

فهذا النص واضح الدلالة على أن دعوى التعويض يمكن رفعها من طرف المشتري كدعوى أصلية وليس كدعوى تابعة لدعوى الرد أو دعوى انقاص الثمن.

هذا وهناك حالات لا يجوز فيها للمشتري الرجوع بالضمان على البائع. ومن ذلك حالة هلاك المبيع أو سرقته أو تغيير حالته. وهذا ما نص عليه الفصل 661 تونسي بقوله : " ليس للمشتري أن يقوم بإسترجاع الثمن أو بعضه إذا تعذر عليه رد المبيع في الأحوال الأتية :

أولها : إذا هلك المبيع بأمر سماوي أو بتفريط من المشتري أو تفريط من هو مسؤول عن أفعاله.

ثانيا: إذا سرق المبيع من المشتري أوضاع منه.

ثالثا : إذا غير المشتري هيئته وصيره غير صالح للإنتفاع به فيما أعد له، لكن إذالم يظهر عيبه إلا عند الغير فالمشتري الرجوع على البائع " . (الفصل 562 مغربي).

وينص الفصل 662 من نفس القانون (563 مغربي) على أنه : " إذا هلك المبيع بعيب فيه أو بأمر طارئ نشأ عن العيب المذكور فهلاكه على البائع وعليه أن يرجع الثمن للمشتري مع أداء الخسارة إن كان مدلسا ". ويتضح من هذه النصوص أن المشرع قد جعل تبعة الهلاك على عاتق المشتري إذا كان سبب الهلاك راجعا إلى القوة القاهرة أو خطأ المشتري أو ممن هو مسؤولا عنهم، أما إذا كان سبب الهلاك راجعا إلى العيب ذاته فإن البائع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك.

أما القانون المدني الجزائري فقد نص في المادة 382 منه على أنه : " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشئ المبيع وباي سبب كان ".

ومقتضى هذا النص أنه إذا ثبت وجود عيب بالمبيع فإن حق المشتري في الضمان لاينقضي بهلاك المبيع، حتى ولو كان الهلاك راجعا إلى خطأ المشتري أو القوة القاهرة .

ولكن تجب الإشارة هنا أن الهلاك يكون قد حدث بعد التسليم، أما إذا حدث قبل التسليم فمن المؤكد أنه يقع على عاتق البائع. و يمكنه الإكتفاء في هذه الحالة بالقواعد العامة دون حاجة إلى تطبيق قواعد ضمان العيوب الخفية[1].

و لا يرجع المشتري أيضا بالضمان على البائع إذا غير المبيع إلى شكل آخر غير شكله الأصلي بحيث يصبح غير صالح للأستعمال المعد له الشيء أصلا.

ثانيا : مقدار التعويض

سبق القول أن سوء نية أو حسن نية البائع لها أثر في قيام الحق في التعويض ومداه، ولذلك إذا اردنا تحديد مقدار التعويض الذي يلتزم البائع بدفعه للمشتري يجب أن نميز بين البائع حسن النية الذي يجهل وجود العيب والبائع سئ النية الذي يعلم بوجود العيب ولايخطر المشتري به. وقد تتحقق حالة ثالثة وهي أن البائع يكون سئ النية، أي يعلم بوجود العيب ولايكتفي بعدم إخطار المشتري بهذا العيب بل يلجأ إلى إستعمال طرق معينة لإخفاء العيب، فهل

(1) - **عبدالرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط ، ج4 ، المرجع السابق، ص 744 ، رقم 375 .

- **د. عبدالعزيز عامر** : المرجع السابق، ص 309، رقم 204 .
- **د. شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق، ص 280، رقم 203.

يلزم البائع بدفع مقدار واحد في جميع هذه الحالات أم يقدر التعويض حسب كل حالة على حدة ؟.

نظرا لإحتمال الخلط بين الأحكام الواردة في القواعد العامة والأحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية بخصوص تحديد مقدار التعويض. سنتطرق أولا إلى النصوص التي تبين مقدار التعويض، في القواعد العامة، ثم نتناول النصوص التي تحدد مقدار التعويض في القواعد الخاصة، وننتهي بمقارنة بين القاعدتين :

1 - القواعد العامة

لقد وضع المشرع في القواعد العامة للمسؤولية العقدية حدين لمقدار التعويض الذي يعتمد عليه أو يحكم به قاضي الموضوع للمتعاقد المتضرر. فقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 مدني جزائري على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ".

فالقواعد العامة إذن تلزم المدين بتعويض الضرر المباشر المتوقع فقط. إلا إذا كان المدين قد إرتكب خطأ جسيما أو غشا فتضيف هذه القواعد تعويضا آخر وهو الضرر الغير متوقع.

2 - القواعد الخاصة

تقدم أن المشترع الجزائري قد نص في المادة 375 مدني على مايجب على البائع رده للمشتري وخلصت في فقرتها الأخيرة إلى أن البائع ملزم : " ... بوجه عام تعويض المشتري ما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب ... ".

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 489 من نفس القانون على أنه : " إذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه مالم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب ".

3 ـ مقارنة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة

إتضح لنا مما تقدم أن القواعد العامة في المسؤولية العقدية قد بينت متى يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر المتوقع فقط، ومتى يلزم بتعويض الضرر غير المتوقع.

أما القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية فلم تبين لنا متى يلتزم البائع بتعويض الضرر المتوقع ومتى يلتزم بتعويض الضرر غير المتوقع مكتفية بالقول أن البائع ملزم بوجه عام بتعويض المشتري عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب دون تحديد للضرر.

كما يلاحظ أن القواعد العامة قد ميزت بين فرضين : أحدهما يلزم فيه المدين بتعويض الضرر المتوقع بمجرد إخلاله بالتزامه العقدي، والثاني يلزم فيه بتعويض الضرر غير المتوقع لإرتكابه غشا أو خطأ جسيما، أي حالة وجود قصد الإضرار بالغير.

أما القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية فقد ميزت هي الأخرى بين حالتين : حالة كون البائع حسن النية، أي يجهل وجود العيب، وفي هذه الحالة لايلزم بأي تعويض، والحالة الثانية وهي حالة سوء نية البائع أي إذا كان عالما بوجود العيب فيلتزم بجميع

التعويضات دون أن تشير هذه القواعد إلى حالة إرتكاب البائع غشا أو خطأ جسيما[1].

المطلب الثاني
حق المتعاقد في طلب التنفيذ العيني

أولا : الحق في التنفيذ العيني في القانون الوضعي

يتفق أغلب الفقهاء على أن للمشتري ـ إضافة إلى دعوى رد المبيع ودعوى انقاص الثمن ـ الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني أي مطالبة البائع بإصلاح المبيع المعيب أو إستبداله بمبيع آخر سليم[2]
.

إلا أن هذا التنفيذ العيني لايكون إلا إذا كان إصلاح العيب ممكنا. أما إذا كان هذا الإصلاح غير ممكن، أو أن هذا الإصلاح يستلزم نفقات باهظة تجاوز قيمة المبيع فإن حق المشتري في هذه الحالة يقتصر على الدعويين السابقتين[3].

ومع ذلك فقد إختلف الفقهاء حول حق مدعي الضمان في طلب التنفيذ العيني إستنادا على الإلتزام بضمان العيوب الخفية. فذهب البعض إلى عدم جواز ذلك لكون النصوص المنظمة لضمان العيوب الخفية لاتمنح المشتري إلا الخيرة بين أمرين : رد المبيع أو المطالبة بإنقاص الثمن[4]، في حين يذهب الرأي الثاني إلى أنه

---

(1) ـ **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 304 .

(2) ـ **د. شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 277 ، رقم 200 . ـ **بودري وسينيا** : المرجع السابق، ص 453 ، رقم 434 . ـ **بلانيول وربير :** ج10، ص 155، رقم 135. ـ **د. عبدالعزيز عامر** : المرجع السابق، ص 309 ، رقم 203 . ـ **إسكاراورو** : المرجع السابق ، ص 151 .

(3) - **BAUDRY et SAIGNAT**: OP CIT , P 453 , N° 434 . « il Faudrait la Considérer Comme Impossible Si elle Devait Occasionner des Frais Qui Ne Seraient Pas en Proportion Avec la Valeur de la Chose ».

(4) - **CHARLIN** : Thése Précitée , P 166. - **VERGNES** : Thése Précitée , P 152.

يجوز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني[1].

ولاشك أن الرأي الأول يحتوي على جانب من الصحة لكون القانون المدني الفرنسي ومثله معظم القوانين اللاتينية لم يرد بها مثل هذا النص.

إلا أن هذا الرأي لايمكن الأخذ به على إطلاقه، لكون بعض المشرعين قد نصوا صراحة على أحقية المشتري في طلب التنفيذ العيني، ومن ذلك المادتان 221 و 256 من قانون الإلتزامات السويسري، والمادة 43 من قانون البيع السويدي[2].

أما الرأي الثاني فلا يخلو هو الآخر من الحقيقة لأنه يستند في أساسه على الواقع العملي، فإذا كان العيب قابلا للإصلاح حسب نظر هؤلاء يتعين على المشتري قبول عرض البائع بإصلاحه حتى ولو كان حق المشتري في الرجوع بدعوى الرد قائما. فلو كان المبيع من المثليات جاز للمشتري أن يطلب إستبدال الشئ المعيب بشئ سليم[3].

وقد نص المشرع التونسي وكذلك المغرب على هذه الحالة فنص الأول في الفصل 656 منه على أنه : " إذا كان المبيع عدة أشياء معين جنسها فقط، وظهر بعضها معيبا كان للمشتري أن يعمل بما قرر في الفصل 655 إن كان المبيع قيميا. فإن كان مثليا فليس للمشتري إلا إلزام البائع بأن يأتيه بمثله سالما ويعوض له خسائرته إن وقعت ".

أما المشرع الجزائري فلم ينص في المواد المتعلقة بضمان العيوب الخفية في عقد البيع على حق المشتري في طلب التنفيذ

(1) - **PLANIOL** : T. X , P 154 - 155 .
(2) - **E. COTTIN** : Thése Précitée , P 160 .
(3) - **E. COTTIN** : OP CIT , P 161 .

العيني.

ونعتقد أن حق المشتري في مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بضمان العيب تنفيذا عينيا، إن كان ذلك ممكنا ، هو حق ثابت للمشتري بمقتضى القواعد العامة، والقول بعكس ذلك ليس له أي مبرر ، فطالما أنه لايوجد نص خاص سواء في النصوص المنظمة لضمان العيوب الخفية أو في غيرها يمنع المشتري من المطالبة بالتنفيذ العيني طبقا للقواعد العامة، فإن هذا الحق يبقى قائما.

وما يؤكد إعتقادنا هذا أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 489 من القانون المدني المتعلقة بعقد الإيجار على أنه : " إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان يجوز للمستأجر، حسب الظروف أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الثمن، وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لايكون نفقة باهظة عليه ...". فهذا النص صريح في دلالته على جواز المطالبة بالتنفيذ العيني.

اضافة الى ذلك فقد اكد المشرع هذا المبدأ صراحة في قانون حماية المستهلك وذلك في المادة 05 من المرسوم رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات بنصه على انه : " تنفذ الزامية الضمان باحد الوجوه الثلاثة الاتية :

- اصلاح المنتوج
- استبداله
- رد ثمنه ".

كما نصت المواد 06 - 07 - 08 - 09 من نفس المرسوم على حق المشتري في التنفيذ العيني . واخيرا فقد نصت الفقرة الاخيرة من المادة 18 من نفس المرسوم على انه : " ...ويمكن للمستهلك قي اثناء ذلك بغية تمكينه من الانتفاع بالمنتوج المقتني ان يامر

محترفا مؤهلا باصلاح المنتوج المعيب اذا كان ذلك ممكنا وعلى نفقة المحترف المخل بالتزامه . "

فهذا النص يؤكد بشكل قاطع ان للمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني بل يمكنه اجبار البائع على التنفيذ العيني اذا كان ذلك ممكنا واذا امتنع ا الاخير جاز له تنفيذه على نفقته .

والتنفيذ العيني يتم بصورتين :

أولهما : إزالة العيب ويشترط في هذه الحالة أن يكون العيب قابلا للإصلاح، أي أن يكون التنفيذ العيني ممكنا، وألا تكون نفقاته باهظة، وهذا ما نصت عليه المادة 164 قانون مدني جزائري قولها : " يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ".

والتنفيذ العيني بسبب العيوب الخفية أكثر شيوعا في السيارات والآلات الميكانيكية والإلكترونية، فإذا ظهر بها عيب خفي فقد جرى العمل على إصلاح هذا العيب وليس فسخ العقد.

وغالبا ما يبادر البائع نفسه بوضع شروط في العقد يلتزم بمقتضاه في حالة ظهور العيب بإصلاحه.

كما لايوجد ما يمنع أن يقوم الدائن، بالضمان بإصلاح العيب بنفسه على نفقة البائع، لاسيما إذا كان إصلاح العيب يقتضي أو يتطلب السرعة ، خشية وقوع أضرار جسيمة قد تجعل الشئ غير صالح للإستعمال المعد له، ومثال ذلك أن يكتشف المشتري عيبا في البناء يخشى إن ترك على حاله لمدة معينة أن يقع الجدار فيقوم بإصلاحه، ولكن يستحسن دائما للحفاظ على حقه في الضمان، أن يستأذن القاضي إذا كان ذلك ممكنا، وهذا ما نصت عليه المادتين 170 و 173 ق م ج .

وثانيهما : إستبدال الشئ المعيب بشئ سليم.

ويجب في هذه الحالة أيضا أن يكون التنفيذ العيني ممكنا، وألا يكون مرهقا للمدين بالضمان، وتكثر مثل هذه الحالات في الأشياء المثلية، فإذا قام شخص بشراء حذاء أو بذلة أو أي شئ آخر من الأشياء المثلية ثم وجد به عيبا فإنه يجوز له طلب إستبدال الشئ المعيب بشئ سليم.

ومع ذلك فقد شاع في الوقت الحاضر إستعمال بعض العبارات التي تعفي البائع من أية مسؤولية، ومثال ذلك عبارة : " البضاعة لاترد " وبذلك يحرم المشتري من المطالبة باستبدال المبيع المعيب بحيث يقتصر حقه في هذه الحالة على المطالبة بالدعويين (دعوى رد المبيع ودعوى تخفيض الثمن) .مع التذكير في هذا المقام بنص المادة 07 من مرسوم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات التي الزمت المحترف باستبدال المنتوج في حالة ما اذا بلغ العيب درجة معينة من الجسامة بحيث يجعل المنتوج غير صالح للاستعمال المعد له جزئيا او كليا رغم اصلاحه .كما اشترطت المادة 08 من نفس المرسوم ان يتم الاصلاح او الاستبدال مجانا وضمن الاجال المطابقة للاعراف المعمول بها .

ثانيا : الحق في التنفيذ العيني في الشريعة الإسلامية

لم يرد أي نص أو إشارة في مواد الخيار في عقد البيع يتناول مسالة التنفيذ العيني، ولكن ورد النص على هذه الحالة في المواد المتعلقة بعقد الإيجار، فقد نصت المادة 517 من مجلة الأحكام العدلية على أنـه : " إن أزال الأجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجارة لايبقى للمستاجر حق في الفسخ ... ".

وهذه المادة كما هو واضح تعطي للمؤجر الحق في إصلاح العيب وليس المستأجر فإذا تم هذا الإصلاح قبل فسخ عقد الإيجار من طرف المستأجر إمتنع عن هذا الأخير المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص الثمن، أي إمتنع عليه إستعمال حق الخيار .

أما ما عدا هذا النص فلم نجد في الكتب الفقهية التي تمكننا من الإطلاع عليها أي نص أو إشارة إلى أحقية المشتري في إصلاح العيب أو إستبدال المبيع المعيب .

الفصل الثانـي

إنتقال الحق في ضمان العيب وسقوطه

الفصل الثاني
إنتقال الحق في ضمان العيب وسقوطه

بعدما تناولنا شروط العيب الخفي الموجب للضمان وآثار هذا الضمان أو الدعاوى التي يجوز للمشتري الرجوع بها على البائع وهي دعوى الرد ودعوى انقاص الثمن ودعوى التعويض ، وأخيرا المطالبة بتنفيذ الإلتزام عينا، نبحث الآن إنتقال هذا الحق إلى الغير، وبيان أسباب سقوطه، وذلك في مبحثين على التوالي:

المبحث الأول
إنتقال الحق في ضمان العيب إلى الغير

ويقصد بالغير هنا الورثة والنائب القانوني والدائنون، وسنتعرض لكل فئة من هذه الفئات تباعا .

المطلب الأول
إنتقال الحق في ضمان العيب إلى الخلف العام

ونتناول فيه انتقال الحق في الضمان الى الخلف العام في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية على التوالي .

اولا :انتقال الحق في الضمان في القانون الوضعي

ولا نتناول بالبحث هنا الفرض الذي يكون فيه الدائن بالضمان قد رفع دعوى ضمان العيب ثم توفي بعد ذلك تاركا وراءه عددا من الورثة، بل نتناول حق الورثة في رفع دعوى الضمان إبتداءا.

وبالرجوع إلى القوعد العامة في العقود نجد أن المشرع

الجزائري قد نص صراحة على إنصراف العقد إلى الخلف العام، وذلك في المادة 108 من القانون المدني التي تنص على أنه : " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ".

وفضلا عن ذلك ـ وبغض النظر عن هذا النص ـ فإن ثبوت حق الدائن بالضمان يؤدي إلى إنتقال هذا الحق إلى ورثته، ومن هنا فإن دعوى ضمان العيوب الخفية لاتتعلق بمكتسب الحق وحده بل تتعداه إلى خلفه العام كالورثة والموصى لهم بحصة من التركة[1].

وقد أجاز القضاء الفرنسي للورثة الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية على بائع مورثهم، ومن ذلك ما قضت به محكمة إستئناف ليون Lyon بالتعويض لصالح أرملة المشتري الذي توفي بسبب الحادث الناجم عن العيب الذي إكتشف في المبيع على أساس أن البائع مسؤول بموجب العقد قبل المشتري، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار مؤسسة حكمها على أن أرملة المشتري وارثة لصاحب الحق في الضمان[2].

كما قضت محكمة استئناف نيم الفرنسية بتعويض أرملة المشتري وأطفاله القصر عن الضرر الذي أصابهم من جراء وفاة عائلهم بسبب العيب في المبيع[3]، لكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو : هل يلزم أن يرفع جميع الورثة الدعوى مرة واحدة ؟ وهل يجوز لهم تقديم طلبات مختلفة أم لا ؟.

ذهب البعض إلى أنه عند تعدد الورثة يجب أن يرفع هؤلاء

---

(1) ـ **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 356 .

(2) ـ نقض مدني فرنسي في 24 نوفمبر 1954 ، الأسبوع القانوني 1955 - 2 - 58565 .

(3) ـ إستئناف نيم Nimes في 1960/04/25، دالوز 1960 ، 725 .

دعوى ضمان العيب مجتمعين وأن يقدموا طلبا واحدا، وإن لم يتفق الورثة على طلب واحد جاز للبائع رفض طلبهم والإستجابة لطلب واحد[1].

بينما ذهب رأي آخر إلى أن الحق في الضمان ينقسم بين الورثة كل بقدر نصيبه في العين محل العقد، لكن لايجوز لهم تقديم طلبات مختلفة بين الرد والإمساك مثلا، حتى لاتفوت الصفقة على البائع. بعبارة أخرى لايجوز طلب الرد مثلا إذا كان بعض الورثة قد إرتضوا العيب في حصصهم[2].

هذا بالنسبة للحق في الضمان ، أما بالنسبة للإلتزام بالضمان فلا ينتقل إلى ورثة البائع ، بل يرجع المشتري على التركة ذاتها ، وبعد أن يستوفي حقه، يأخذ الورثة ما تبقى من التركة عملا بقاعدة " لا إرث إلا بعد سداد الدين ".

ويشارك المشتري دائنو البائع الآخرين الدين يوجدون في نفس المرتبة مشاركة الغرماء (المادة 188 م ج) ويعتبر كفيل البائع مدينا بالضمان على النحو المبين في أحكام الكفالة .

ثانيا : إنتقال الحق في الضمان إلى الخلف العام في الشريعة

أجمعت كل مذاهب الفقه الإسلامي على إقرار فكرة إنتقال الحق في ضمان العيب إلى الورثة، فقد ذهب جمهور الفقه الإسلامي[3] إلى القول بجواز إنتقال ضمان العيب إلى الخلف العام

---

(1) - **عارف** AREF : الرسالة السابقة ، ص 71 - 72 .
(2) - **السنهوري** : ج4 ، المرجع السابق ، ص 730 ، رقم 370 .
(3) - **الكاساني** : بدائع الصنائع، المرجع السابق ، ص 268 . - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 125. - **الشيرازي** : المهذب ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 284 - 285 . - **البهوتي** : كشاف القناع ، ج3، المرجع السابق ، ص 225 . - **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 428 .

ولم يخرج عن هذا الإجماع سوى الظاهرية والحنابلة، فقد ورد عن فقهاء هذين المذهبين أنه : " إذا مات الذي له الرد قبل أن يلفظ بالرد، وبانه لايرضى، فقد لزمت الصفقة ورثته، لأن الخيار لايورث إذ ليس مالا ولأنه قد رضي بالعقد فهو على الرضا مالم يتبين أنه غير راض، فإن لم يتبين ذلك فقد قال تعالى { ولاتكسب كل نفس إلا عليها }[1].

وتطبيقا لرأي جمهور الفقه الإسلامي ينتقل حق ضمان العيب الخفي من المتوفي إلى ورثته بمجرد وفاته، مع الإشارة في هذا المقام إلى إختلاف تفسير كيفية إنتقال ضمان العيب عند الأحناف عن غيرهم. حيث يذهب الأحناف إلى أن الحق في ضمان العيب ينتقل إلى الورثة لا باعتباره حقا مستقلا إنتقل من السلف إلى الخلف ، وإنما باعتباره حقا متعلقا بالعين المعيبة التي إنتقلت إلى الورثة، أي أن هذا الخيار يثبت للورثة إبتداء لا بحكم الوراثة، فكما إستحق المورث مبيعا سليما من العيوب، يستحق الورثة مبيعا سليما كذلك مثل مورثهم، لأن العيب يفوت جزء ا من المبيع ولاشك أن الوارث يستحق هذا الجزء مثلما كان مورثه يستحقه[2].

ولا توجد صعوبة في إستعمال حق ضمان العيب في حالة إتفاق الورثة جميعا على الفسخ أو الإجازة، إنما الصعوبة تثور في حالة إختلاف الورثة حول حق الخيار، كأن يختار البعض فسخ العقد بينما يختار البعض الآخر إجازة العقد.

لقد إختلفت وجهات نظر فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذه المسألة، فذهب رأي، وهم الأحناف والشافعية والحنابلة إلى القول بأنه إذا إختلف الورثة في الرد، بأن إختار بعضهم الرد والبعض

(1) - **إبن حزم** : الحلى ، ج9 ، مسألة رقم 1574 ، ص 71 .
(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع، المرجع السابق ، ص 268 .

الآخر إختار عدم الرد يرجح إمضاء العقد، لأن في رد نصيب أحد أو بعض الورثة تفريق للصفقة، وهذا من شأنه الإضرار بالبائع الذي خرج المبيع من يده صفقة واحدة ويعود إليه مجزءا[1].

وذهب المالكية والزيدية إلى القول بأنه إذا إختلف الورثة في رد الشئ المعيب بأن إرتضى أحدهم المبيع معيبا واختار الآخرون الرد، أخذ الوارث الذي إرتضى بالعيب المبيع كله[2]. ولزمه دفع نصيب شريكه الذي إختار الرد، وله فضلا عن ذلك أن يرجع على البائع بأرش حصة الشريك لأن هذه الحصة دخلت في ملكه بغير إختياره بخلاف حصته فلا أرش له لأنه إرتضى بها.

ولاشك أن حق ضمان العيب ينتقل إلى النائب القانوني كالولي والوصي والقيم فلا شك أن من حق هؤلاء إستعمال حق الخيار في حالة إنتقاله إلى من يمثلونه قانونا، فالأب باعتباره وليا عن القاصر بنص القانون يجوز له التصرف في مال إبنه القاصر باستثناء التبرعات ، ومن هنا إذا تلقى القاصر عينا عن طريق الميراث ثبت فيها حق خيار العيب تولى هذا الولي إستعمال الخيار ، فله أن يرد المبيع ويسترد الثمن أو يمضي العقد وأخذ أرش العيب، لكن ليس له أن يتنازل عن الأرش لأن ذلك يعد تبرعا، وهو غير جائز بطبيعة الحال.

المطلب الثاني
إنتقال الحق في ضمان العيب إلى الخلف الخاص

اولا : إنتقال الحق في ضمان العيب إلى الخلف الخاص في القانون الوضعي

---

(1) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير ، المرجع السابق ، ص 126. - **الشيرازي** : المهذب، المرجع السابق، ص 284 - 285 . - **إبن قدامة** : الغني مع الشرح الكبير،ج 4 المرجع السابق ، ص 248 .

(2) - **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 428 .

نصت المادة 1132 قانون مدني فرنسي على أن التعاقد إنما يبرم العقد لصالحه ولصالح ورثته وخلفه، دون تحديد المقصود بالخلف هل هو الخلف العام أو الخاص، وقد نتج عن ذلك أن تباينت وجهات نظر الفقهاء حول تفسير كلمة الخلف الواردة في هذه المادة، فذهب البعض الىأن المعنى المقصود من كلمة الخلف في هذه المادة هو الخلف العام والخلف الخاص، لأن عدم تحديد نوع الخلف يدل على أنها تشمل النوعين معا[1]. في حين ذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بالخلف في هذه المادة هو الخلف العام.

والفقه والقضاء في فرنسا متفقان عموما حول مسألة إنتقال الحق في ضمان العيوب الخفية إلى الخلف الخاص، ولهذا الأخير حق إستعمال ثلاثة دعاوى أساسية ضد البائع الأول وهي الدعوى الغيرمباشرة ودعوى شخصية ضد المشتري الأول ودعوى مباشرة ضد البائع الأول.

وفيما يلي توضيح لهذه النقاط بإيجاز .

1 ـ الدعوى غير المباشرة

إذا قصر المدين (البائع) أو أهمل في المطالبة أو المحافظة على حقوقه بحيث يخشى أن يؤدي ذلك إلى إعساره، جاز للدائن (المشتري) أن يستعمل هذا الحق وذلك عن طريق دعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه (المادة 189 مدني جزائري) ، ويبدأ إحتساب مدة تقادم هذه الدعوى إبتداء من تاريخ تسلم المشتري الأول المبيع من البائع[2].

ولكن نظرا لكون نتيجة هذه الدعوى غير مضمونة دائما ،لكون

---

(1) -J - **LEPARGNEUR** : Etude Dans , R.T.D.C. 1924 , P 487 - 488 .

(2) - **السنهوري** : الوسيط ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 731 ، رقم 370 .

المشتري لاينفرد بها لوحده بل يزاحمه فيها كل دائني المشتري الأول الذين يقسمون معه ما قد يحصل عليه قسمة غرماء ،لذلك قلما يلجأ الدائن إلى إستعمال هذه الدعوى.

2 ـ الدعوى الشخصية ضد المشتري الأول

وترفع هذه الدعوى من طرف المشتري الثاني ضد المشتري الأول الذي هو بائعه المباشر، وهي دعوى ضمان عادية مؤسسة على أحكام المواد 379 وما يليها من القانون المدني الجزائري ويبدأ سريان تقادم هذه الدعوى من وقت تسليم المبيع للمشتري الثاني، وفي حالة الحكم على المشتري الأول بالضمان يجوز له الرجوع على بائعه بدعوى ضمان لاحقة يطالبه فيها بما حكم عليه أو يدخله في الخصام(1).

3 ـ الدعوى المباشرة ضد البائع الأول

نظرا لكون الدعويين السابقتين مرهقتين ودون فائدة كبرى للدائن (المشتري الثاني) فقد إعترف القضاء في فرنسا للمشتري الثاني بحق الرجوع على البائع الأول رغم عدم وجود عقد بينهما، بواسطة دعوى مباشرة، وبهذا يتفادى المشتري الثاني مزاحمة دائني البائع له(2).

ويرى الفقهاء في فرنسا أن سبب الاعتراف للمشتري بحق الادعاء المباشر هو نص المادة 1646 مكرر من القانون المدني الفرنسي التي صدرت بموجب قانون 04-01-1978 الذي ينص

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X, OP CIT , P 158 , N° 138 .
« Si L'achateur Poursuit Son Vendeur Par L'action en Garantie , Celui la ne Peut Mettre en cause Son Propre Vendeur Dans L'instence, ou Bien Comdamné à Subir les Effets de la Garantie , il Peut Exercer Contre Ce Vendeur Une Action Récursoire ».

(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X, OP CIT , P 157 , N° 138 .

على استفادة المشترين المتتاليين للعقارات المعدة للبناء من الضمان المفروض على البائع الأول[1]. لكن ما هو أساس هذه الدعوى المباشرة على البائع الأول ؟.

إختلف الفقهاء حول أساس الاعتراف للمشتري الثاني برفع دعوى ضمان مباشرة ضد البائع الاول رغم عدم وجود عقد يربطهما. فظهرت عدة نظريات نوجزها فيما يلي:

نظرية الحلول___

يذهب رأي في الفقه الفرنسي الى أن أساس الدعوى المباشرة التي يرفعها المشتري الثاني على البائع الأول هو نظربة الحلول القانوني. حيث يحل المشتري الأول في حقه في الضمان تجاه بائع هذا الأخير، إلا أنه بالرجوع إلى النصوص التي تتناول الحلول فإننا نستبعد هذه النظرية. لأن الحلول وفقا للمادتين 261 و 262 مدني جزائري إما قانوني وإما إتفاقي. ولا يوجد ما يشير فيهما إلى مثل هذه الحالة.

وإذا كان من السهل معرفة نية المتعاقدين عندما يتعلق الأمر بالمحل الرئيسي للإلتزام فالأمر ليس كذلك عندما يكون محل البيع محل ثانوي Droit Accessoire كما هو الحال في الضمان[2].

نظرية التعاقد لمصلحة الغير__

(1) - وهذا هو نص المادة 1646 :

« le Vendeur d’un Immeuble à Construire est Tenu à Compter de la Récéption des Travaux, des Obligations dans les Architectes, Entrepreneurs et Autres Personnes Liées au maitre de L’ouvrage Par Un Contrat de Louage D’ouvrage Sont eux même Tenus en Application des Art 1792, 1792/1 , et 1792/3, du Présent Code , Ces Garanties Bénéficient aux Propriétaires Successifs de L’immeuble ».

(2) - **BERNARD BOUBLI** : Soliloque Sur la Transmission de L’action en Garantie (à Propet de L’arrét de la 3emme Chambre Civil du 09/06/1973). J.C.P 1974 - 1 - 2446 , N° 12 .

- **CHARLIN** : Tése Précitée , P 168 .
- **PLANIOL et RIPERT** : T. X, OP CIT , P 422, N° 331.

يرجع أصحاب هذا الرأي أساس الإدعاء المباشر إلى فكرة التعاقد لمصلحة الغير. فحسب رأيهم يعتبر المشتري الأول قد تعاقد لمصلحته وفي نفس الوقت لمصلحة خلفه الخاص حتى يتحاشى رجوع هذا الأخير عليه[1].

وقد وجه إلى هذه النظرية إنتقادا مفاده أنه من غير المعقول أن ينتقل حق الإدعاء المباشر بالضمان إلى الشخص المستفيد منه دون أن تنتقل اليه الإلتزامات الناشئة عن البيع .ويضاف إلى ذلك أن المستفيد من التعاقد لمصلحة الغير Stipulation Pour Autrui له الحق في رفض ذلك. ولا نجد هذا الحق للمشتري في حالة الإستفادة من الضمان[2].

حوالة الحق

ومفاد هذه النظرية أن جل العقود تحتوي ضمنا على حوالة حق المشتري الأول المتمثل في الإدعاء بالضمان على بائعه الى المشتري الثاني[3].

وقد إنتقد هذا الرأي أيضا على إعتبار ان حوالة الحق طبقا لأحكام القانون لايحتج بها قبل المدين أو الغير إلا إذا رضي بها أو أخبر بها. (المادة 241 ق.م.ج) فضلا عن أن حوالة الحق تنقل حقوق المحيل إلى المحال له بحيث لايجوزمعه للأول الأدعاء ضد المدين. بينما الأمر على خلاف ذلك في البيع، حيث يكون للمشتري الأول أن يرجع على بائعه بدعوى انقاص الثمن على الرغم من بيعه المبيع ثانية.

(1) - **JEAN LEPARGNEUR** : De L'éffet à L'egard de L'ayant Cause Particulier des Contrats Générateurs D'obligations Relatifs du Bien Transmis, R.T.D. Civil 1924, P 421 et Suite Voir Aussi, **René Savatier** , le Prétendu Principe de L'éffet Relatif Des Contrats , R.T.D. Civil 1934 , P 525 et Suite.

(2) - **B.BOUBLI** : OP CIT , N° 3 .

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T. XI, N° 961 .

الضمان هو ملحق للإلتزام بالتسليم

يذهب البعض أن إنتقال الحق في الضمان إلى المشتري الثاني ما هو إلا تطبيق لنص المادة 1615 مدني فرنسي التي تقضى بأن الألتزام بتسليم الشيء يشمل توابعه وكل ما وجه لإستعماله الدائم[1] وبناء على ذلك فإن الضمان هو متصل بالشيء المبيع وينتقل معه[2].

ونعتقد أن هذا الرأي هو الأقرب إلي المنطق القانوني لأن البائع الأول ملزم بالوفاء بالتزاماته المترتبة عن العقد ومنها الإلتزام بالضمان. والوفاء بالإلتزام له وجهان: وجه قانوني وهو أن يكون هذا التنفيذ مفيداللدائن . فتسليم المبيع يعتبر الوجه المادي. أما الوجه القانوني فهو الضمان الذي يبقى ملازما للشيء وعلى عاتق المدين إلى غاية نهاية مدته[3].

وهكذا ينتقل الإلتزام بالضمان مع الشيء المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، حيث يكون المشتري الأول قد تنازل للمشتري الثاني عن حقه في الرجوع بالضمان بمجرد البيع . وهذا ما قضت به المحاكم في مصر[4].

ويجب أن ترفع هذه الدعوى خلال المدة التي حددها القانون أو حسب العرف السائد وطبيعة العيب إذا لم يوجد نص يحدد هذه المدة

---

(1) - **ART. 1615** : « L'obligation de Delivrer la Chose Comprend Ses Accessoires et Tout Ce Qui a été à Son Usage perpetuel ».

(2) - **Ph. Malinvaud** : Conclusion Sous Cassation du 05/01/1972. J.C.P. 1973 - 2 - 1734 .

(3) - **B. BOUBLI** : OP CIT , N° 19 .

(4) - محكمة إستئناف مصر الأهلية في 1927/11/22 ، المحاماة ، العدد 3 ، ص 317 ، رقم 237 من مجلد 1927 وقد جاء على الخصوص : " للمشتري الأخير حق الرجوع بدعوى الضمان على البائع الأصلي مباشرة دون أن يحتج عليه من الأخير بعدم العلاقة القانونية بينهما لأن البائع الثاني قد تنازل للمشتري بمجرد البيع عن جميع الحقوق التي له قبل البائع الأصلي، ومنها دعوى الضمان ... ".

على النحو الذي سبق بيانه.

وهناك حالات لايثير فيها إنتقال الحق في الضمان إلى المشتري الثاني أي إشكال لأنه منظم إما بقانون أو إتفاق، ومثال ذلك الإتفاق على ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة، فهذا الحق ينتقل إلى المشترين المتعاقبين للشئ المبيع، ويبقى هذا الحق قائما طيلة فترة الضمان.

هذا هو موقف الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، فما هو موقف القانون الجزائري ؟ .

نص المشرع الجزائري في المادة 109 قانون مدني على أنه : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه ". فهذا النص يجيز صراحة إنصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على حق المشتري القانوني في رفع دعوى مباشرة ضد البائع الأول، ونظرا لأهمية هذه الدعوى بالنسبة للمشتري الثاني فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع بوضع نص خاص يجيز فيه صراحة للمشتري الثاني الأدعاء مباشرة ضد البائع الأول وذلك طبقا لما إستقر عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر.

ثانيا : إنتقال الحق في ضمان العيب إلى الخلف الخاص في الشريعة

لايوجد ـ حسب إطلاعنا ـ ما يشير إلى حق المشتري الثاني في الرجوع بضمان العيب الخفي عن طريق دعوى مباشرة على البائع الثاني، فإذا توالت البيوع على الشئ الواحد رجع المشتري الثالث

على الثاني أي بائعه ورجع الثاني على الأول وهكذا. لكن لايجوز للمشتري الثاني الرجوع مباشرة على البائع الأول بضمان العيب(1)

.

فقد جاء أنه : " من إشترى جارية فبانت عاشقة في سيدها الــذي باعها، وباعها الثاني للثالث فهل يردها على الثاني ؟ وهل يردها الثاني على الأول ؟ أم لا ؟.

أجاب : نعم هذا عيب ينقص القيمة في العادة نقصا بينا، فإذا ثبت ولم يعلم به المشتري كان له أن يردها على بائعه المشتري الثاني، وإذا كان المشتري الثاني لم يعلم بالعيب فله أن يردها على البائع الأول والله أعلم "(2).

وعموما يمكن إيجاز حكم الفقه الإسلامي حول هذه المسألة في أنه إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا يخرجه عن ملكه كالبيع والهبة مع القبض وهو غير عالم بعيبه ، فإذا رد المشتري الثاني المبيع إلى المشتري الأول بعيب فيجب التفرقة حسب المذهب الحنفي بين فرضين إثنين :

الفرض الأول : وهو إذا كان الرد قد حدث قبل القبض.ففي هذه الحالة يجوز للمشتري الأول أن يرجع على بائعه سواء كان الرد عليه قد حصل بالتراضي أو بواسطة القضاء، كما يجوز له الرجوع بدعوى الرد على بائعه إذا رد عليه بعيب ولو بعد القبض ولكن بحكم من القضاء.

الفرض الثاني : أما إذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني بعد القبض بالتراضي فلا يحق للمشتري الأول أن يرجع بالضمان

---

(1) - **الكمال إبن الهمام** : فتح القدير ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 165 .
- **إبن نجيم** : البحر الرائق ، ج6 ، المرجع السابق ، ص 60 .

(2) - **مجموع فتاوي إبن تيمية** : المرجع السابق ، ص 392 .

على بائعه، ذلك أن الرد بالتراضي فسخ في حق المتعاقدين ولكنه يعتبر بيع في حق الغير .

فقد ورد أنه : " لو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن كان قبل القبض أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي أو بالتراضي بالإجماع، وإن كان بعد القبض فإن كان بقضاء القاضي له أن يرده على بائعه بلا خلاف وإن كان قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا وعند الشافعي رحمه الله له أن يرده، ووجه قوله أن المنع من الرد خروج السلعة عن ملكه فإذا عادت إليه فقد زال المانع وصار كأنه لم يخرج ... ولنا أن القبول بغير قضاء فسخ في حق العاقدين، بيع جديد في حق غيرهما ، فصار كما لو عاد إليه بشراء، ولو إشتراه لم يملك الرد على بائعه، كذا هذا ... "[1].

أما المذهب الشافعي فيجيز للمشتري الأول الرجوع على بائعه بالرد حتى في هذا الفرض لأن المنع من الرد كان بسبب خروج السلعة عن ملكه واستحالة ردها، فإذا عادت إليه فقد زال سبب المنع وجاز له الرد. فقد ورد في المهذب أنه: " ... فإن لم يعلم بالعيب حتى باعه ... فرد المشتري الثاني بالعيب على المشتري الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ... "[2].

وخلاصة القول في الفقه الإسلامي أنه لاوجود للدعوى المباشرة التي تسمح للمشتري الثاني الرجوع بها على البائع الأول.

ولكننا نعتقد أنه يمكن تبرير ذلك بأن الرجوع بدعوى مباشرة

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 285 .
- **الشيرازي** : المهذب ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 293 .

(2) - **السنهوري** : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، الجزء الرابع ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، ص 261 . (بدون تاريخ) .

من المشتري الثاني (الخلف الخاص) على البائع الأول كان نادرا ما يحصل في الحياة العملية، وذلك راجع إلى صعوبة التعرف على البائع في تلك الفترة لكون البيوع كانت تتم في الأسواق العامة ويحضرها من كل حدب وصوب ، فضلا عن صعوبة إثبات وقت وجود العيب.

المبحث الثاني
سقـوط الحق في ضمان العـيب

المطلب الأول
أسباب سقوط ضمان العيب في القانون الوضعي

لاشك أن ثبوت الحق في الضمان بسبب العيب ليس حقا ثابتا على الدوام للمشتري بل هو حق مؤقت. والقول بعكس ذلك يجعل هذا الحق سلاحا بين يدي الدائن يشهره في وجه المدين به (البائع) في أي وقت يشاء وهذا غير جائز، وعليه فهو حق مؤقت يسقط بعدة أسباب نوجزها فيما يلي :

أولا : الرضا بالعيب أو التنازل عن الحق في الضمان

رأينا فيما تقدم أن الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية هو حق مقرر لمصلحة المشتري الخاصة، وعليه فلهذا الأخير مطلق الحرية في التنازل عن هذا الحق دون أن يكون هذا التنازل مخالفا للنظام العام[1]. وهذا التنازل إما أن يكون صريحا أي بعبارة واضحة تدل دلالة قاطعة على رغبة المشتري في النزول عن حقه في الضمان. ومن هنا فإن محاولة المشتري إزالة العيب وإعادة المبيع صالحا للإستعمال المقصود منه لاتعتبر بمثابة تنازل عن

---

(1) - **د. محمد لبيب شنب** : أحكام عقد البيع، طبعة 1966 ، ص 237 ، بند 187 .
- **د . توفيق حسن فرج** : البيع والمقايضة ، المرجع السابق، ص 499 ، رقم 265 .

حقه في الرجوع بالضمان[1]. فيجب أن يعبر صراحة عن نزوله عن الخيار كقوله: رضيت بالعيب أو قبلته أو أن يقبل شراءه للمبيع مع شرط عدم الضمان وهكذا.

أما التنازل الضمني فيستدل عليه من أمرين :

1 ـ سكوت المشتري وعدم إقدامه على فحص المبيع في الوقت المناسب. فإذا أهمل المشتري فحص المبيع رغم إمكانية ذلك سقط حقه في الخيار. كذلك لو علم المشتري بالعيب وسكت دون إخطار البائع بالعيب في الوقت المناسب سقط حقه في الضمان ، لأن هذا السكوت يعتبر دليلا على الرضا بالمبيع بالحالة التي عليها.

2 ـ إقدام المشتري على التصرف في المبيع قبل علمه بالعيب تصرفا يخرجه عن ملكه عن طريق البيع أو الهبة مثلا، أما إذا كان التصرف لايترتب عنه خروج المبيع عن ملك المشتري، أي تصرفا غير ناقل للملكية كالإيجار والرهن والعارية فلايسقط حق الخيار. لأن المشتري يستطيع أن يسترد العين المعيبة ويرجع على بائعها بالرد بالعيب.

وأما التصرفات التي تصدر من المشتري بعد علمه بالعيب فيترتب عنها سقوط الحق في الضمان.

ويلاحظ أن التصرفات التي تصدر عن المشتري بعد العلم بالعيب تعتبر جميعها مسقطة للضمان، يستوي أن تكون ناقلة للملكية أو غير ناقلة للملكية، لأن صدور هذه التصرفات من طرف الدائن بالضمان رغم علمه بالعيب دليل على الرضا بالمبيع بحالته، أي بالعيب . وذلك على عكس التصرفات الصادرة قبل العلم بالعيب فلايترتب عنها سقوط الحق في الضمان إلا إذا كانت ناقلة للملكية.

---

(1) - Cour D’appel de Lyon 18/07/1859 , Dalloz , 1859 - 2 - 102.

كما يسقط الحق في الضمان إذا قام صاحب الحق فيه باستعمال المبيع أو إستغلاله بعد علمه بالعيب، كأن يجد المشتري عيبا في الثوب فيقوم بارتدائه أو سيارة فيستعملها وهكذا(1).

وقد نص المشرع التونسي صراحة على هذه الحالات في الفصل 671 من مجلة الإلتزامات والعقود بقوله : " لاقيام للمشتري بالعيب في أحوال :

اولها : إذا أطلع عليه ورضي به.
ثانيها : إذا أطلع عليه ثم باع المبيع أو تصرف فيه تصرف المالك .
ثالثها : إذا إستعمل المبيع لنفسه وانتفع به بعد إطلاعه على العيب، لكن هذا الحكم لايجري على الدور ونحوها من العقارات إذ يجوز الإنتفاع بها بالسكن مدة طلب الفسخ "(2).

ثانيا : زوال العيب

يعتبر زوال العيب سببا من أسباب سقوط دعوى الضمان. ولايهم أن يكون زوال العيب قد تم صدفة أو بتدخل من أحد المتعقادين. لأن العيب هو سبب قيام الضمان، فإذا زال السبب زال الحق في الضمان. وقد نص على هذه الحالة الفصل 667 تونسي بقوله : " لا رجوع على البائع إذا زال العيب قبل نشر الدعوى أو في أثنائها وكان العيب وقتيا ليس من شأنه أن يعود. وهذا الحكم لايجري إن كان من شأن العيب أن يتجدد ".

ولا وجود لمثل هذا النص في القانون المدني الجزائري. ومع

---

(1) - وعكس ذلك لايسقط ضمان العيب إذا إستعمل المبيع قبل إكتشاف العيب (حكم محكمة النقض السورية بتاريخ 1984/11/21، مجلة المحاماة السورية ، العدد التاسع لسنة 1984 ، ص 759).
(2) - الفصل 572 مغربي مطابق تماما .

ذلك فإننا نعتقد بأن القواعد العامة تكفي لإعمال أحكام هذا النص. بل أن المشرع التونسي عندما أورد هذا النص يكون قد أقر بوضع بديهي لأن زوال العيب يترتب عنه زوال سبب الضمان ومن تم يزول الضمان بزوال سببه. وعليه لا تصبح هناك حاجة لإيراد مثل هذا النص.

ثالثا: مضي المدة

وكما يسقط الحق في الضمان عن طريق التنازل الصريح أو الضمني أو بالزوال يسقط أيضا بمرور سنة من وقت التسليم. فقد نصت المادة 383 مدني جزائري بقولها : " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد إنقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل مالم يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول .

غير أنه لايجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه ".

ومؤدى هذا النص أن المشتري ملزم بأن يرفع دعوى الضمان خلال سنة من تاريخ التسليم وإلا سقط حقه في الضمان ، فلا تسمع الدعوى بعد ذلك، وتسقط هذه الدعوى حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء السنة. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار ها رقم 63321 الصادر بتاريخ 1989/10/11، حيث جاء فيه على الخصوص : " من المقرر قانونا ان دعوى ضمان المبيع تسقط بالتقادم بعد انقضاء سنة من يوم تسليم الشيء المبيع .حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد اتقضاء هذا الاجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة اطول .ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضده رفع

دعوى الضمان في 1987/12/15 للمطالبة برد ثمن السيارة المشتراة بتاريخ 1984/05/20 دون أن تلتزم البائعة (الطاعنة) بأي ضمان لمدة زمنية أطول من سنة.فإن قضاة المجلس بموافقتهم علىالحكم المستأنف لديهم، القاضي على الطاعنة بارجاع مبلغ السيارة المباعة مقابل إستلامها خالفوا القانون "[1].

ولكن أجاز المشرع قبول دعوى الضمان حتى بعد مرور سنة التقادم إذا أثبت المشتري أن البائع أخفى العيب غشا منه. وقد أكدت ذلك المحكمة العليا أيضا في القرار رقم 20921 الصادر بتاريخ 1983/03/02 وقد جاء فيه ما يلـي: " متى اخضع القانون سقوط دعوى ضمان العيب في البيع بالتقادم لانقضاء سنة من يوم تسليم المبيع لشرط عدم قيام البائع باخفاء العيب على المشتري غشا منه فان القضاء برفض الدعوى على اساس السقوط بالتقادم القصير يكون قد اخطأ في تطبيق الفقرة الاخيرة من المادة .

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - ان المجلس القضائي الدي بعد الغائه الحكم القاضي على البائع بادائه تعويضا للمشترية من جراء وجود مستاجر في العين المبيعة ابطل الدعوى على اساس انها لم تقم الا بعد مضي اكثر من سنتين يكون اغفل البند المدرج في العقد المتضمن تصريح البائع بخلو العمارة من المستاجرين قد اخطأ في تطبيق القانون . ومتى كان كذلك استوجب النقض وابطال القرار المطعون فيه "[2].

ومع ذلك فقد وضع المشرع الجزائري نصا يبدو أنه يخالف هذه القاعدة وهو نص المادة 18 من مرسوم 90-266 السالف الذكر حيث جاء فيه أنه: "يجب على المستهلك ان يقدم للمحترف

---

(1) - المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الاول ، ص 21 .

(2) - المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع ص28 .

طلبه بتنفيذ الضمان بمجرد ظهور العيب ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك ... يجب على المستهلك في حالة عدم تنفيذ الزامية الضمان قي اجل يطابق الاعراف المهنية أن ينذر المحترف برسالة مسجلة مع اشعار بالاستلام أو ينذره بأية وسيلة أخرى تطابق التشريع المعمول به . واذا لم يستجب له ،يمكنه ان يرفع دعوى الضمان عليه الى المحكمة المختصة في اجل اقصاه عام واحد إبتداء من يوم الانذار ..." .

كما نصت المادة 19 من نقس المرسوم على أنه :"يعلق الانذار مدة صلاحية الضمان حتى يتم هذا الضمان ."

وهكذا يتضح من هذين النصين ان مدة تقادم دعوى الضمان في قانون حماية المستهلك هي سنة ابتداء من يوم الانذار الدي يوجهه المستهلك الى البائع المحترف وليس من يوم التسليم .

ونشير في هذا المقام الى أن القانون التونسي قد فرق بين العقارات والمنقولات بخصوص تقادم دعوى الضمان فجلعها في العقارات سنة من وقت التسليم.

وفي المنقولات والحيوانات 30 يوما من تاريخ التسليم أيضا، وهذا ما نص عليه الفصل 672 من المجلة بقوله : " القيام بالعيب أو بفوات الوصف المرغوب يكون في الآجال الآتي ذكرها وإلا سقط الحق فيها .

فإن كان المبيع عقارا كان القيام بالدعوى في ظرف ثلاثمائة وخسمة وستين يوما من وقت التسليم. وإن كان من المنقولات والحيوان فالأجل ثلاثون يوما من تاريخ التسليم بشرط إعلام البائع على مقتضى ما بالفصل 652 .

وللفريقين أن يتفقا على الزيادة والنقصان في الآجال المذكورة وتجري على سقوط القيام بالعيب ما تقرر بالفصل 384 والفصل 385 والفصل 386 والفصل 387 والفصل 388 والفصل 389 والفصل 390 ". (الفصل 573 مغربي مطابق) ولا نرى المبرر الذي إعتمد عليه المشرع التونسي للتمييز بين العقارات والمنقولات فيما يتعلق بتقادم دعوى الضمان.

المطلب الثاني
أسباب سقوط ضمان العيب في الفقه الإسلامي

أسباب سقوط ضمان العيب في الفقه الإسلامي هي ما يسمى بموانع الرد التي سبق بيانها عند الكلام عن موانع الرد في القانون الوضعي ، وهي زيادة محل العقد وهلاكه وظهور عيب جديد، كل هذه المسائل يترتب عنها سقوط الحق في الضمان . ولايبقى أمام المشتري سوى طلب التعويض عن النقص الناجم عن العيب أو ما يسمى بالأرش، وهذه الموانع تمثل طائفة أولى من أسباب سقوط ضمان العيب ، أما الطائفة الثانية أو النوع الثاني من أسباب سقوط ضمان العيب فهي الرضاء بالعيب والعلم به، وطلب الإقالة وزوال العيب وأخيرا إشتراط البراءة من العيب، وفيما يلي عرض لهذه الأسباب بإيجاز.

أولا : الرضا بالعيب

لايختلف إثنان أنه في حالة رضا المشتري بعد علمه بالعيب يترتب عنه سقوط حقه في الرجوع بضمان العيب الخفي . وقد سبقت الإشارة الىأن الحق في الضمان هو مقرر لمصلحة المتعاقد الخاصة، وعليه لايوجد ما يمنع هذا المتعاقد من التنازل عن حقه. كما أن حق الخيار في الشريعة الإسلامية هو مقرر ـ كما رأينا ـ

بسبب فوات السلامة المشروطة في العقد ضمنا، ولذلك فإن الرضا بالعيب يعد دليلا على أن المتعاقد لم يشترط السلامة.

فقد ورد أنه : " وأما ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع ... فنقول وبالله التوفيق : الرد يمتنع بأسباب منها الرضا بالعيب بعد العلم به لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد، ولما رضي (المشتري) بالعيب بعد العلم به دل أنه ما شرط السلامة، ولأنه (أي حق الرد) ثبت نظرا للمشتري دفعا للضرر عنه، فإذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر "[1].

والرضا بالعيب إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا، أما الصريح فكقوله رضيت بالعيب أو أجزت البيع او أي عبارة صريحة تدل على معنى الرضا بالعيب أو بوجود العقد.

أما الرضا الضمني فيكون بإقدام المشتري في عقد البيع مثلا بعد العلم بالعيب بالتصرف في الشئ المبيع تصرفا ناقلا للملكية، كالبيع والهبة أو إستغلاله[2].

والواقع أن هناك إجماعا تاما لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على سقوط الحق في الضمان بعد العلم بالعيب إذا كان رضا المشتري صريحا، أما إذا كان الرضا بالعيب ضمنيا فإن الفقه

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ،282 .

(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 282 . - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير، ج5 ، المرجع السابق ، ص 160. - **النووي** : روضة الطالبين ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 473 - 479.

- **الدرديري** : الشرح الصغير ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 218. - **البهوتي** : كشاف القناع ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 222 . - **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 425 .

مختلف في ذلك.

فذهب رأي وهم الأحناف والشافعية والمالكية والزيدية إلى إعتبار تصرف المشتري في المبيع قبل العلم بالعيب مسقط للخيار.

فقد ورد عن الفقه الحنفي أنه : " وكل عيب وجده المشتري في السلعة فعرضها على بيع بعدما رآه على بيع أو أجرها أو رهنها فذلك رضا منه بالعيب وليس له أن يردها ولايرجع بنقصان عيبها لأنه يعرضها على البيع لحاجته إلى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من الثمن المدفوع إلى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا "(1).

ويتضح من هذا النص أن الحنفية لم يكتفوا باعتبار تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك بعد العلم بالعيب رضاء بالعيب، بل ذهبوا أبعد من ذلك إذ إعتبروا أن مجرد عرض الشئ المعيب للبيع بعد العلم يعد دليلا على الرضا به يترتب عنه سقوط الحق في الرجوع بالضمان .

وورد عن الفقه المالكي أنه : " ولا رد إن فات المبيع حسا كهلاك أو ضياع، أو فات حكما ككتابة وتدبير، وأولى عتق ولو لأجل وحبس وصدقة وهبة قبل إطلاعه على عيب "(2).

كما ورد عن المذهب الزيدي أنه : " الوجه الثاني (من الأوجه التي يبطل بها الرد بالعيب) هو أن المشتري يستحق أرش المعيب لا الرد بخروجه أو بعضه عن ملكه بأي وجه من بيع أو هبة أو نذر أو عتق أو شفعة "(3).

(1) - **السرخسي** : المبسوط ، ج13 ، المرجع السابق ، ص 98 - 99 . - **المرغيناني** في الهداية بهامش فتح القدير ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 162 .
(2) - **الدرديري** : الشرح الصغير ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 222 .
(3) - **العنسي** : التاج المذهب ، ج2 ، المرجع السابق ، ص 419 .

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن التصرف في الشئ المعيب قبل العلم بالعيب لايترتب عنه سقوط الحق في الضمان ، فقد ورد أنه : " فإن إستغل (المشتري) المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره، لأن ذلك لايدل على الرضا به معيبا، وإن فعله بعد علمه بالعيب بطل خياره في قول عامة أهل العلم "[1].

ثانيا : العلم بالعيب

رأينا عند دراسة شرط الخفاء في العيب أن علم المشتري يؤدي إلى إعتبار هذا العيب في حكم الظاهر بالنسبة إليه ومن ثم يترتب عنه سقوط الحق في الرجوع بالضمان أصلا، وعليه فإن ضمان العيب يسقط في حالة علم المشتري بالعيب قبل إبرام العقد. لأن إقدام المتعاقد على إبرام العقد رغم علمه المسبق بأن محل العقد مشوبا بعيب يعتبر رضا بهذا المبيع وما فيه من عيوب، ومن ثم يسقط حقه في الرجوع بالضمان .ونفس الحكم يطبق في حالة علم المشتري بالعيب بعد إبرام العقد وقبل التسليم فقد جاء أنه : " العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد والأرش "[2].

وورد أيضا أن : " المشتري لايستحق رد المعيب بالعيب ولايستحق أرش ذلك العيب...، حيث تقدم العلم قبل العقد بأن ذلك عيب ينقص القيمة وسواء شرط رد المعيب أم لا. فإنه يبطل الرد وكذا لو علم بعد العقد وقبل القبض أو حاله[3]، كما ورد أنه : "

---

(1) - **ابن قدامة - المغني مع** الشرح الكبير ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 250 .
(2) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير، ج5 ، المرجع السابق، ص 181. وهذا ما نصت عليه المادة 343 من مجلة الأحكام العدلية بقولها : " من إشترى مالا وقبله بجميع العيوب لاتسمع منه دعوى العيب بعد ذلك، فلو إشترى حيوانا بجميع العيوب وقال قبلته مكسرا محطما أعرج معيبا فلا صلاحية له بعد ذلك أن يدعي بعيب قديم ".
(3) - **العنسي** : التاج المذهب ، المرجع السابق ، ص 414 .

خيار العيب يسقط بالعلم به وقت البيع أو وقت القبض... "[1].

ثالثا : زوال العيب

أشرنا فيما سبق أن زوال العيب يترتب عنه سقوط الحق في الضمان لأن العيب هو سبب نشوء الحق في هذا الضمان فإن زال السبب سقط الحق في الضمان.

ونفس الحكم نجده في الشريعة الإسلامية، فإن زال العيب قبل فسخ العقد زالت العلة من الفسخ، وبالتالي يسقط الخيار، فقد ورد عن الفقه المالكي أنــه : " ولارد بعيب زال عند المشتري قبل الحكم برده، سواء زال قبل القيام به أو بعده وقبل الحكم بالرد "[2].

ولكن يشترط الفقه الإسلامي أن يكون زوال العيب بصفة نهائية وليس زوالا مؤقتا، فإن كان الزوال مؤقتا أي يمكن رجوع العيب فلايسقط الحق في الضمان .

رابعا : شرط البراءة من العيب

يسقط ضمان العيب أيضا إذا إشترط البائع البراءة من العيب، بــل أن الحق في الضمان لايثبت في هذه الحالة أصلا، والفقه الإسلامي في عمومــه يجيز للبائع أن يشترط براءته من كل عيب، ويستوي أن يكون عالما بالعيب أو جاهلا له.

فإذا وجد مثلا هذا الشرط في العقد أعتبر بمثابة إبراء من العيب يتضمن تنازلا مسبقا من المشتري عن حقه في الرجوع بضمان العيب .

مع الإشارة الى أن الفقه الزيدي يلزم البائع أن يحدد جنس العيوب التي يتبرأ منها ، فإذا فعل أعتبر مبرئا من هذه العيوب ومن

---

(1) - **إبن نجيم** : البحر الرائق ، المرجع السابق ، ص 74 .
(2) - **الدرديري** : الشرح الصغير ، ج4 ، المرجع السابق ، ص 218 .

كل العيوب التي تعد من جنسها.

أما إذا إشترط البائع براءته من كل عيب دون تحديد فلا يصح مثل هذا الشرط حسب هذا المذهب[1].

وأيا ما كان الأمر فسنعود للكلام بشئ من التفصيل عن مسألة إشتراط البراءة من العيب عند الكلام عن تعديل أحكام الضمان.

ويمكن تلخيص جملة القول عن أسباب سقوط ضمان العيب الخفي سواء كان ذلك في القانون أو في الشريعة الإسلامية أنه يمكن ردها إلى نوعين :

- أسباب إرادية وتمثل العنصر الغالب من بين أسباب سقوط الضمان . ويترتب عنها سقوط الحق في الرد بالعيب، وكذلك الحق في التعويض عن العيب، ومثالها الرضا بالعيب سواء كان صريحا أم ضمنيا .

- أسباب غير إرادية أو ما يصطلح على تسميته بالأسباب القانونية أو الشرعية، لأن الحكم فيها يستخلص من حكم القانون وليس من إرادة المتعاقد، كهلاك الشئ أو زيادته أو تعييه بعيب جديد.

وبهذا ننتهي من الضمان القانوني وننتقل إلى الضمان الإتفاقي.

المبحث الثالث
الإتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

رأينا فيما سبق أن المشرع قد أجاز للمشتري في حالة وجود عيب خفي بالمبيع أن يرجع على بائعه إما بدعوى رد المبيع أو بدعوى تخفيض الثمن، وقد يقتصر المشتري على المطالبة

---

(1) - **العنسي** : التاج المذهب ، ج4، المرجع السابق ، ص 417 .

بالتعويض، ولكن نظرا لأن أحكام ضمان العيوب الخفية ليست من النظام العام يجوز للمتعاقدين الإتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان[1].

وقد أقر المشرع الجزائري مبدأ جواز الإتفاق على ما يخالف أحكام ضمان العيوب الخفية في المادة 384 من التقنين المدني التي نصت على أنه : " يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه ".

أما المشرع الفرنسي والتونسي والمغربي فلم يوردوا نصا صريحا مشابها للنص الجزائري من حيث جواز الإتفاق على تعديل أحكام الضمان. ومع ذلك يمكن الإستدلال ببعض النصوص الواردة في هذه القوانين والتي تجيز الإتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 1643 مدني فرنسي من أنه : " يكون مسؤولا (البائع) عن العيوب الخفية حتى ولو كان يجهلها إلا إذا إشترط صراحة أنه غير ملزم بالضمان أصلا "[2].

ومن ذلك أيضا ما نص عليه الفصل 670 تونسي من أنه : " لاشئ على البائع من عيوب المبيع ومن عدم وجود الأوصاف المطلوبة فيه إذا صرح بذلك أو إشترط البراءة ".

---

(1) - **د. شنب وصبحي خليل** : المرجع السابق ، ص 204 . وانظر أيضا :

- **MARTHE FOURNIER** : OP CIT . « Dans le Silence des Parties , Tous Contrat de Vente Implique la Garantie desVices , Mais si Cette Garantie et de la Nature du Contrat de Vente , elle N'est Pas de Son Essence ,Les Parties Peuvent y Déroger ».

(2) - **ART. 1643** : « Il est Tenu des Vices Cachés Quand Méme il Ne les Aurait Pas Connus , A Moins qu'il Ne Sera Obligé à Aucune Garantie ».

كما نص الفصل 672 من نفس القانون على أنه : " وللفريقين أن يتفقا على الزيادة أو النقصان في الآجال المذكورة ، ويجري على سقوط القيام بالعيب ما تقرر بالفصل 385 والفصل 387 والفصل 389 والفصل 390 "[1].

وهكذا يتضح أن هذه القوانين تجيز مبدئيا الإتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية .

والإتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية قد يتخذ عدة صور، فقد يقصد به تشديد الضمان أو إنقاصه أو الإعفاء منه. وقد يتخذ صورة خاصة وهي التزام البائع ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة، وفيما يلي عرض لهذه الصور في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية على التوالي :

المطلب الأول

الإتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب في القانون الوضعي

ونتناول فيه الإتفاق على تشديد أو زيادة الضمان ثم الإتفاق على إنقاص الضمان ، فالإتفاق على إسقاط الضمان أو الإعفاء منه وأخيرا ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة.

اولا : الإتفاق على الزيادة في الضمان أو تشديده

أجازت المادة 384 مدني جزائري لطرفي عقد البيع (البائع والمشتري) أن يتفقا على زيادة الضمان أو تشديده، فنصت على انه :"يجوز للمتعاقدين ان ان يزيدا في الضمان او ان ينقصا منه وان يسقطا هذا الضمان ، غير ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا تعمد البائع اخفاء العيب في المبيع غشا منه ".

---

(1)- الفصلان 571 و 573 مغربي مطابقان تماما .

وقد يكون هذا التشديد إما بتوسيع مدى الضمان أو أسبابه أو بتشديد الآثار المترتبة عليه.وهذا ما نصت عليه المادة 11 من مرسوم 90-266 بقولها : " يمكن للمحترف ان يمنح المستهلك مجانا ضمانا اتفاقيا انفع من الضمان الخاضع للاحكام القانونية المعمول بها ."

ومن أمثلة الإتفاقات المتعلقة بأسباب الضمان أن يتفق الطرفان على أن يضمن البائع العيوب الخفية وكذلك الظاهرة أو التي كان المشتري يعلم بها أو كان من السهل عليه أن يعلمها(1).

لكن يشترط في هذه الحالة أن يكون البائع عالما هو الآخر بالعيب، أما إذا كان المشتري وحده يعلم بالعيب وأخفاه غشا عن البائع ليحصل منه على الضمان فإنه يجوز لهذا الأخير أن يرجع على المشتري بدعوى التدليس ويطالب بإبطال شرط توسيع الضمان(2).

ومن أمثلة الإتفاقات التي تتعلق بتشديد آثار الضمان أن يتفق البائع والمشتري على أن يسترد الأخير المصروفات الكمالية حتى ولو كان البائع حسن النية، أو أن يتفقا على أن دعوى الضمان لاتسقط حتى ولو لم يخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت المناسب. أو الإتفاق على إطالة أو تمديد مدة الضمان على النحو الذي سبق بيانه عند الكلام عن نطاق ضمان العيوب الخفية من حيث المدة.

وتجب الإشارة الى أنه لايجوز التوسع في تفسير الإتفاقات الموسعة للضمان فيجب أن تحصر في الحالات التي تتناولها دون توسيعها لتشمل الحالات الأخرى. وعند الشك يفسر الإتفاق

---

(1) - **د. زهدي يكن** : المرجع السابق ، ص 259 ، رقم 115 . - **د. السنهوري** : الوسيط، ج4 ، المرجع السابق ، ص 756، رقم 379 . - **د. سمير عبد السيد تناغو** : المرجع السابق ، ص 330 ، رقم 77 .

(2) - **BAUDRY LACONTINERIE et SAIGNAT** : OP¨CIT , P 433 .

لمصلحة البائع باعتباره مدينا بالإلتزام بضمان العيوب الخفية .

ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة

يحدث كثيرا في الحياة العملية الإتفاق على أن يضمن البائع للمشتري صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة، فإذا ظهر خلل أو عيب في العين المبيعة خلال هذه المدة التزم البائع بإصلاحه أو إستبداله.

وقد أجاز المشرع الجزائري مثل هذا الإتفاق فنص في المادة 386 من القانون المدني على أنه : " إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيه فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا مالم يتفق الطرفان على خلافه".

ويعتبر هذا الإتفاق ظاهريا من قبيل الزيادة في الضمان لأنه يجعل البائع ملزماليس فقط بضمان العيوب الخفية التي تصيب المبيع طبقا لأحكام هذا الضمــان وإنما يكون مسؤولا أيضا عن كل خلل يصيب المبيع ويجعله غير صالح للعمل خلال مدة الضمان. بشرط طبعا ألا يكون عدم الصلاحية راجعا إلى خطأ المشتري.

كما يجب أن يقوم المشتري بإخطار البائع بالخلل في مدة شهر من يوم ظهوره وإلا سقط حقه في الرجوع بالضمان إلا إذا إتفق الطرفان على خلاف ذلك.

وأخيرا يجب أن يرفع المشتري دعواه خلال ستة أشهر من يوم الإخطار إلا إذا إتفق الطرفان على مدة أطول.

ولكننا نعتقد ان ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة لا يعد تشديدا لضمان العيوب الخفية ، بل له ذاتية مستقلة تميزه عن هذا الضمان لكونه يقوم لمجرد وجود خلل في المبيع يؤثر في استعماله ولو كان يسيرا . عكس الضمان القانوني للعيوب الخفية .

وعلى الرغم من سعي البائعين والمنتجين الى تقديم هذا الضمان كميزة للمشتري ، الا ان المتمعن في هذا الضمان يكتشف انه مجرد دعاية تجارية وانه لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود التي تستلزم ان تنفذ طبقا لمبدأ حسن النية .كما ان هذا الضمان وعلى عكس ما يبدو يحد من مسؤولية البائع سواء من حيث المدة او من حيث نطاق الضمان نفسه .

وربما هذا هو السبب الدي جعل المشرع يتدخل باصداره قانون حماية المستهلك والمرسوم التنفيذي له المشار اليهما انفا . وذلك لمواجهة البائعين المحترفين وابطال الشروط التعسفية Les clauses abusives التي يدرجونها في العقود المقترحة على المستهلكين . حيث فرض عليهم الضمان في جميع الحالات وقضى ببطلان أي شرط ينفي او يحد من هذا الضمان .(المادة 11 من مرسوم 90-266)

ثانيا : الإتفاق على تخفيف أو إنقاص الضمان

تقدم أن المشرع أجاز الإتفاق على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية سواء بالزيادة أو النقصان، ويبرر الفقهاء الضمان الإتفاقي بأن ذلك يعتبر تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة الواجب بحسب الأصل في العقود، فالقاعدة هي أن العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم يجوز لهما تعديل العقد بمقتضى الإتفاق، ولذلك يمكن القول أن الضمان الإتفاقي هو الأصل، أما الضمان القانوني فلا يوجب إلا عندما يغيب الضمان الإتفاقي باعتبار أن هذا الأخير ماهو إلا تعبيرا عن إرادة المتعاقدين[1].

ولكننا نعتقد ان هذا الراي غير وجيه لان المشرع هو الذي اجاز صراحة الاتفاق عاى تعديل احكام الضمان القانوني . ولذلك فان الضمان القانوني هو الاصل وان الضمان الاتفاقي هو الاستثناء

(1) - **A. AREF** : Thése Préciteé , P 31 .

، ولذلك يجب عدم التوسع في هذا الاخير.

وعموما فإن الإتفاق على إنقاص أو تخفيف الضمان قد يتعلق هو الآخر إما بسبب الضمان أو بآثاره، ومثال ذلك أن يتفق الطرفان على أن البائع لايضمن عيبا معينا اذا وجد في المبيع ، أو الإتفاق على أن البائع لايضمن العيوب التي لاتظهر إلا بالفحص الدقيق[1]. أو يلتزم البائع بضمان العيوب التي توجد في عناصر المبيع الأساسية فقط دون ملحقاته[2] بل قد يتفق المتعاقدان على تقصير مدة التقادم[3] وأخيرا قد يلتزم البائع باستبدال الأجزاء المعيبة من المبيع بأجزاء سليمة.

وإذا كان يجوز إنقاص الضمان على النحو السابق إلا أن هذا الإتفاق لايجب أن يكون مطلقا، بل يجب لصحته ألا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا عن المشتري، أي يجب ألا يكون البائع يعلم بالعيب ويعرف أن المشتري لايعلم به ورغم ذلك تعمد إخفاء العيب غشا منه، فإذا كان الأمر كذلك فلا يعتد بهذا الإتفاق، وقد نصت على ذلك المادة 384 مدني جزائري السالفة الذكر.

ثالثا : الإتفاق على إسقاط الضمان اوالإعفاء منه

يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة 384 مدني جزائري ليس فقط تشديد الضمان أو إنقاصه ، بل الإتفاق على إسقاط الضمان نهائيا، أي إعفاء البائع من ضمان كل العيوب التي قد توجد بالمبيع إذا لم يكن عالما بها .

---

(1) - **د. السنهوري** : الوسيط، ج4 ، المرجع السابق ، ص 756 ، رقم 379 .

(2) - **BORIS STARK** : Observation Sur le Régime Juridique des Clauses de Non Responsabilité ou Limitatives de Responsabilité , Dalloz 1974 , P 163 , N° 64 .

(3) - وهذا الإتفاق غير جائز في القانون الجزائري والمصري ومختلف فيه في القانون الفرنسي . أنظر :
- **بلانيول وروبيير** : ج10 ، المرجع السابق ، ص 159 ، رقم 139 .

وهذا أيضا ما أشارت إليه المادة 1643 مدني فرنسي صراحة، لكن إذا كان البائع يعلم بالعيب ولكن المشتري إشترى المبيع على مسؤوليته A Ses Risques et Périls فقد إختلف الفقهاء حول هذه المسألة : فذهب البعض الى أنه لايحق للمشتري في هذه الحالة الرجوع بالضمان على البائع حتى ولو كان هذا الأخير سئ النية. ولو أن المشتري يحتفظ بحقه في المطالبة بإبطال العقد على أساس التدليس إذا ثبت وجود وسائل تضليلية[1]. في حين ذهب البعض الآخر إلى عدم سقوط الضمان في هذه الحالة[2].

وفي إعتقادنا أن البائع لايحق له أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الضمان إذا كان سئ النية ، أي عالما بالعيب وتعمد إخفاء العيب غشا منه عن المشتري لسببين إثنين :

الأول : هو صراحة نص المادة 384 مدني جزائري ، فهذا النص صريح في عدم الإعتداد بالإتفاق الذي يتضمن إعفاء البائع من الضمان إذا تعمد إخفاء العيب عن المشتري غشا منه. فلم يفرق النص بين حالة شراء المشتري المبيع على مسؤوليته أم لا.

الثاني : هو أنه لايجوز للشخص طبقا للقواعد العامة أن يشترط عدم مسؤوليته عن غش صدر منه، فالشرط هنا يقع باطلا لأنه وليد الغش والغش لايحميه القانون[3]. (المادة 178 ق م ج) . وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي " حيث إعتبر أن الشرط الذي يعفي بائع بناية من الضمان ليس له أي مفعول في حالة سوء نيته ولاسيما إذا ثبت أن البائع عندما قام ببيع الفيلا التي كانت على وشك إنتهاء الأشغال En Voie D’achevement قد أخفى الشقوق التي ظهرت في هذه

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X, OP CIT , P 160 ,N° 139 .
(2) - **BAUDRY LACONTINERIE et SAIGNAT** : OP CIT , P 433 ,N° 424 .
(3) - **د. السنهوري** : الوسيط، ج4 ، المرجع السابق ، ص 757 ، رقم 379 .
- زهدي يكن : المرجع السابق ، ص 259 ، رقم 115 .

البناية وأن هذا الإخفاء قد إكتسى طابع تضليلي، وأن المشتري ما كان ليشتري لو علم بهذه العيوب التي أخفيت منه عن قصد "[1].

ويشترط لصحة الإتفاق على الإعفاء من الضمان ألا يكون هناك نص قانوني يمنع ذلك، ومثال ذلك ما قضت به المادة 66 من قانون العمل الفرنسي المتعلقة ببيع الآلات التي ينتج عن وجود العيب فيها ضرر للعمال المسيرين، حيث إعتبرت أن الضمان الناتج عن وجود هذه العيوب يتعلق بالنظام العام ومن ثم لايجوز الإتفاق على خلافه[2].

وهذا ما نصت عليه المادة 10 من مرسوم 90 - 266 السالف الذكر بقولها "يبطل كل شرط بعدم الضمان او يبطل مفعوله . والمراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية او يستبعدها ."

وعليه فان المشرع الجزائري قد جعل ، بموجب هذه المادة ، الاتفاق على اعفاء المحترف او الحد من مسؤوليته في مواجهة المستهلك باطلا وذلك خلافا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية التي تجيز للمتعاقدين الاتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان سواء بالزيادة او النقصان او استبعاده نهائيا .

ويبدو لنا من المادة 10 من المرسوم المشار اليه اتفا ان المشرع الجزائري قد جعل - على الاقل في العلاقة بين البائع المهني والمستهلك العادي - الضمان القانوني للعيوب الخفية من النظام العام . حيث شبه البائع المهني او المحترف بالبائع العالم بالعيب ورتب على هذا التشبيه بطلان شروط تحديد الضمان او الاعفاء منه . وبعبارة اخرى فان الضمان القانوني للعيوب الخفية

---

(1) - نقض مدني فرنسي في 1936/12/30 ، دالوز 1937 ، ص 205 .

(2) - Jurisclasseur Civil. ART 1641 a 1649 , Facicule 10, N° 256 .

يمثل الحد الادنى للمستهلك لا يجوز النزول عنه وان كان من الممكن زيادته عن طريق الاتفاق .

كذلك يشترط لصحة الإتفاق ألا يكون البائع قد إرتكب خطأ جسيما، ويستفاد هذا الشرط من نص المادة 178 مدني جزائري التي تنص في فقرتها الثانية على أنه : "... وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ".

والخطأ الجسيم يعتبر في نظر البعض بمثابة سوء النية ومن ثم يترتب عنه بطلان الإتفاق على الإعفاء من الضمان[1].والمشتري هو الذي يقع عليه عبء إثبات سوء نية البائع، هذا إن كان البائع شخصا عاديا، أما إن كان البائع صانعا أو محترفا فإن الإتفاق يكون باطلا لأنه يفترض في هذا الأخير سوء النية أو العلم بالعيب، ولذلك يجب على هذا الأخير إخطار المشتري بكافة مظاهر المبيع[2].أما إذا كان كل من البائع والمشتري صانعا أو محترفا فالقضاء يميل على العموم إلى إعتبار الإتفاقات التي تتم بينهما صحيحة وخاصة إذا كانا يتمتعان بنفس الإختصاص[3]،وقد تأكد هذا المبدأ بشكل نهائي بموجب قرارين صدرا عن الغرفتين التجارية والمدنية لمحكمة النقض الفرنسية[4].

ومع ذلك فهذا الرأي في إعتقادنا يبقى محل نظر، فالإتفاق على

(1) - **RENE ROBLOT** : DE LA Faute Lourde en Droit Privé Francais, R.T.D. Civil 1948, P 1 , et suite , Spécialement , P 12 .

(2) - **THEODOR EVAINER** : OP CIT , N° 38 . - BORIS STRAK : OP CIT , Dalloz, 1974 , P 164 .

(3) - **PHILIPE MALINVAUD** : Pour Ou Contre la Validité des Clauses Limitatives de la Garantie des Vices Cachés , J.C.P. 1975 - 1 - Doctrine , 2690 .

- **JEAN BIGOT** : Plaidoyer Pour Les Clauses Limitatives de Responsabilité dans les Contrats de Ventes et de Fournitures entre Professionnels, j.c.p. 1976 - 1 - 2755 .

(4) - Cassation du 30-10-1978 , J.C.P. 1979 - 2 - 19178, C.J.Ghestin , « entre Professionnels de la Méme Spécialité la Garantie du Vendeur ne Peut étre Invoqueé Une Clause de Non Garantie des vices Cachés est Inséreé dans L'acte »..

إسقاط الضمان يكون صحيحا إذا تم بين مشتري وبائع يتمتعان بنفس الإختصاص وتمت مناقشته بحرية تامة. أما إذا كان البائع سئ النية على النحو الذي سبق بيانه فلا يعتد بشرط الإعفاء من الضمان حتى ولو كان المشتري يتمتع بنفس إختصاص البائع، ويعزز رأينا هذا نص المادة 384 مدني جزائري الذي سبقت الإشارة إليه.

وتطبق نفس الأحكام السابقة على الإتفاقات المتضمنة إعفاء المؤجر من الضمان في عقد الإيجار (المادة 490 مدني جزائري).

وأخيرا نشير الى أن المشرع قد جعل الإتفاق الذي يتضمن إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه باطلا . وهذا ما نصت عليه المادة 556 مدني جزائري بقولها : " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه ".

المطلب الثاني
الإتفاق على تعديل أحكام الضمان في الشريعة

بادئ ذي بدء نشير إلى ملاحظتين إثنتين حول هذا الموضوع :

الأولى : أننا لم نعثر في كتب الفقه الاسلامي التي تمكنا من الإطلاع عليها على إشارة بجواز أو عدم جواز تعديل أحكام ضمان العيب سواء بالزيادة أو النقصان. أي على جواز الإتفاق على تخفيف أو إنقاص الضمان أو على التشديد فيه كما هو الحال في القانون الوضعي. ماعدا الإتفاق على الإعفاء من الضمان، أو ما يسمى عند جمهور الفقه الإسلامي بشرط البراءة من العيب.

أما الملاحظة **الثانية** فهي أن الفقه الإسلامي يعتبر خلو العقد من الإتفاق على إسقاط الضمان أو الإعفاء منه شرطا من شروط ثبوت الحق في خيار العيب للمشتري أو للمستأجر، وهذا يعني أنه إذا تضمن عقد البيع أو عقد الإيجار مثلا شرطا يعفي البائع أو المؤجر من الضمان، أي براءته من العيب فإن الحق في الضمان لايثبت للمشتري.

وعليه ستقتصر دراستنا للإتفاقات المعدلة لأحكام ضمان العيب في الفقه الإسلامي على شرط وحيد وهو الإتفاق الذي يتضمن إعفاء البائع من الضمان ، أي براءته من العيوب .

وإذا كان جمهور الفقه الإسلامي مجمع على جواز إدراج شرط في العقد يتضمن براءة البائع من عيوب المبيع ، فإنهم مختلفون حول مدى هذا الشرط، أي أن هذا الشرط ليس مطلقا في جميع الحالات ، ويمكن رد أراء الفقهاء حول هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب رئيسية :

المذهب الأول

يرى أصحاب هذا المذهب أنه يجوز للبائع أن يشترط في عقد البيع براءته من أي عيب يوجد أو يظهر بالمبيع سواء كان هذا العيب ظاهرا أو خفيا. وسواء كان البائع على علم بهذا العيب أم غير عالم به.

وقد إستند أصحاب هذا الرأي لتبرير موقفهم على أن شرط البراءة من العيوب يعتبر بمثابة إسقاط لحق لايتضمن تمليكا فصح تعليقه بالمجهول، ويقصد بالمجهول هنا العيوب التي لم تسمى .

وقد أخذ بهذا الرأي الإمام أبوحنيفة والأئمة زيد بن علي والمؤيد بالله وأبو ثور، وهو أحد أقوال الإمام الشافعي أيضا

والإمامية[1].

المذهب الثاني

يرى أصحاب هذا الرأي أنه لايجوز للبائع أن يدرج شرطا في عقد البيع يتضمن براءته من كل العيوب بصفة مطلقة، بل يجب عليه أن يبين للمشتري العيوب التي يشترط البراءة منها، فإذا بين العيوب التي إشترط البراءة منها وظهر عيب بالمبيع لم يبينه جاز للمشتري أن يرجع على البائع بالرد بمقتضى هذا العيب.

وحجة أصحاب هذا المذهب ما روي عن الرسول T أنه " نهي عن بيع الغرر " . والبيع بشرط البراءة من العيوب بصفة مطلقة فيه غرر ظاهر عند هؤلاء لأن المشتري لايعلم مقدار النقص الذي سوف يحدث في القيمة بسبب العيب.

وهذا الرأي هو رأي الإمام الهادي والقاسم عن الزيدية وأحد أقوال الإمام الشافعي وما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل في أحد الروايات عنه[2].

المذهب الثالث

يذهب هذا الفريق إلى أنه لايجوز للبائع أن يشترط براءته إلا في نوع واحد من العيوب وهي العيوب الباطنة في الحيوانات التي لايعلم بها، أما العيب الذي يعلم به فلا يجوز له أن يشترط البراءة منه.

---

(1) - **الكمال بن الهمام** : فتح القدير، المرجع السابق ، ص 182 . - **المرغيناني** : الهداية بهامش فتح القدير، المرجع السابق ، ص 182 . - **النووي** : روضة الطالبين : المرجع السابق ، ص 471 .

(2) - **المقدسي** في الشرح الكبير بذيل المغني ، ج4 ، ص 28 - 259 . - **النووي** : روضة الطالبين ، المرجع السابق ، ص 471 .

ويستند أصحاب هذا الرأي لتبرير حجتهم إلى ما روي أن إبن عمر باع غلاما إلى زيد بن حارثة بثمانمائة درهم ، واشترط البراءة من كل عيب فوجد فيه زيد عيبا فأراد رده إلى إبن عمر فرفض هذا الأخير ،فتحاكما إلى عثمان، فقال عثمان لإبن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بعيب فيه ؟ فأبى إبن عمر أن يحلف وقبل رد الغلام ثم باعه بألف درهم وقيل بألف وخمسمائة .

وينسب الشافعي هذا الرأي إلى الإمام مالك وإبن عمر وهو أحد أقوال الشافعي .

ومع ذلك فقد ورد أن المذهب الشافعي يختلف عن المذاهب الأخرى في حكم البراءة من العيب فقد جاء أنه : " إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان : أحدهما أن المسألة على ثلاثة أقوال، أحدهما أنه يبرأ من كل عيب، لأنه عيب رضي به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه، والثاني لايبرأ من شئ من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول والرهن المجهول .

والثالث أنه لايبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لايعلم به البائع، لأن الحيوان يفارق ماسواه لأنه يتغذى بالصحة والصقم، وتحول طباعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى فدعت الحاجة إلى التبرؤ من العيب الباطن فيه لأنه لاسبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه ، وهذا المعنى لايوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان"(1).

ووجه الدلالة على هذا الأثر هو قول عثمان لإبن عمر أتحلف أنك لم تعلم بعيب فيه، فدل ذلك على أن شرط البراءة من العيب لايكون إلا في حالة عدم علم البائع بالعيب، أما إن كان يعلم بالعيب

(1)- **المهذب** ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 288 .

فلا يعتد بهذا الشرط(1).

ويرى البعض أن هذه القضية قد إشتهرت، ولكن لم ينكر أحد من الصحابة على عثمان هذا الرأي فكانت إجماعا سكوتيا(2).

وأيا ما كان الأمر فإن الفقه الإسلامي في عمومه يقر مبدئيا بشرط البراءة من العيوب وأن الإختلاف الحاصل حول هذه المسألة هو حول توسيع أو تضييق نطاق هذا الشرط.

وقد رأينا أن البعض أجاز هذا الشرط على إطلاقه بينما إشترط البعض الآخر بيان العيوب التي يشترط البراءة منها، في حين ذهب آخرون إلى تحديد نوع معين من السلع يجوز فيها إشتراط البراءة من العيوب التي قد توجد بها.

كما تجب الإشارة الى أن فقهاء المذهب الحنفي لايميزون عند إشتراط البراءة بين البائع حسن النية والبائع سئ النية، فالبائع يجوز له أن يشترط براءته من كل عيب ظاهرا أو باطنا يعلمه أو لايعمله، وذلك عكس فقهاء المذهب المالكي الذين يميزون بين البائع حسن النية والبائع سئ النية، فيجيزون شرط البراءة بالنسبة للأول ولا يجيزون هذا الشرط بالنسبة للثاني لكونه يعتبر مدلسا .

ويلتقي شرط البراءة من العيوب في المذهب المالكي مع شرط الإعفاء أو إسقاط الضمان في القانون المدني الجزائري لكون هذا الأخير قد ربط صحة هذا الشرط بتوافر حسن النية لدى البائع فإذا كان مدلسا بطل هذا الشــرط (المادة 384 م ج).

وهذا الرأي ـ في إعتقادنا ـ يتفق مع مقتضيات العدالة ، فسوء النية يفسد كل شئ فضلا عن أن السماح للبائع سئ النية إشتراط

---

(1)- **إبن رشد** ، بداية المجتهد، ج2 ، المرجع السابق ، ص 208 .
(2)- **مقدمات** ، إبن رشد ، ج2 ، ص 580 .

إعفاءه من الضمان يجعل هذا الشرط بمثابة إشتراط عدم المسؤولية عن الغش وهو أمر غير جائز طبقا للمادة 178 مدني جزائري).

الفصل الثالث

الطبيعة القانونية لضمان العيوب الخفية

الفصل الثالث
الطبيعة القانونية لضمان العيوب الخفية

لقد شكلت طبيعة ضمان العيوب الخفية ولاتزال موضع خلاف بين الفقهاء والمحاكم، ويرجع السبب في هذا الخلاف إلى كون عقد البيع يمكن أن يكون عرضة للإبطال بسبب أي عيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس، كما قد يتعرض للفسخ نتيجة عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي للإلتزام من طرف أحد المتعاقدين، ولعل هذا هو السبب الذي جعل الفقهاء يرجعون أساس ضمان العيوب الخفية تارة إلى عيوب الرضا ،وتارة أخرى إلى نظرية الفسخ لعدم التنفيذ، بل لقد أرجع البعض أساس نظرية ضمان العيوب الخفية إلى أمور فلسفية كنظرية الإفتراض والعدالة. وسنتبع في عرض هذه النظريات التقسيم الذي وضعه البعض[1] وهو إدراجها تحت نوعين إثنين هي النظريات ذات النزعة الشخصية والنظريات ذات الإتجاه المختلط.

المبحث الأول
النظريات ذات النزعة الشخصية أو عيوب الرضا

يذهب البعض إلى أن أساس نظرية العيوب الخفية يرجع إلى عيوب الرضا مثل الغلط والسبب، وفيما يلي بيان ذلك بإيجاز.

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد :** المرجع السابق ، ص 419 وما يليها .

المطلب الأول
نظرية الغلط كأساس لضمان العيوب الخفية

أولا : نظرية الغلط كأساس لضمان العيوب الخفية في القانون الوضعي

عقد البيع كغيره من العقود الأخرى يخضع للقواعد العامة التي تطبق على جميع العقود والإتفاقات بوجه عام. ولو رجعنا إلى هذه القواعد لوجدنا تشابها بينها وبين القواعد المنظمة لنظرية ضمان العيوب الخفية في كثير من الاوجه، وهذا التشابه هو الذي دفع البعض إلى إعتبار نظرية ضمان العيوب الخفية مجرد تطبيق خاص لنظرية الغلط.

من هنا تبرز أهمية تبيان حدود النظامين وأوجه الشبه والخلاف بينهما، لأنه حتى بالنسبة للقائلين بوجوب التفرقة بين النظامين لم يتفقوا على معيار دقيق واضح، بل لقد عملت بعض القوانين على تطعيم هذا الخلاف بإدماجها صراحة نظرية الغلط ونظرية ضمان العيوب الخفية، ومثالها القانون البرتغالي الذي لايسمح للمشتري طلب فسخ البيع بسبب العيب إلا إذا كان هذا العيب راجعا أو مستندا إلى غلط(1).

ويقول أصحاب هذه النظرية أن ضمان العيوب الخفية يرتكز على نفس المبادئ التي ترتكز عليها نظرية الغلط(2). فعقد البيع يمكن أن يبطل بسبب الغلط لأن العيب الخفي قد يخلع عن الشئ

---

(1) - المواد 656 - 658 - 687 إلى 701 من القانون البرتغالي (مشار إليها في رسالة E.Cottin المرجع السابق، ص 126 هامش رقم 01).

(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T. XI , OP CIT , P 281, N° 184.

. - **DE BERNON** : OP CIT , P 14 .

المبيع إحدى صفاته الجوهرية، ومن ثم يعتبر العيب نتيجة للغلط.

ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه إذا كانت التفرقة بين ضمان العيوب الخفية والغلط سهلة فيما مضى عندما كان مفهوم الغلط الجوهري يأخذ بعين الإعتبار المظهر الشخصي للعقد ، بينما يرتكز العيب على المظهر الموضوعي، فإن الأمر ليس كذلك في الوقت الراهن بعد تغير مفهوم العيب، حيث أصبح المقصود منه الإستعمال الموجه له الشئ حسب إتفاق الطرفين أو قصد المشتري، وهذا المفهوم يجعل للعيب مفهوما شخصيا، إضافة إلى أن توسع فكرة الغلط من العناصر المادية المكونة لمحل العقد ليشمل الصفات الجوهرية للشئ قد زاد من إحتمال الخلط بين النظامين(1)، ويستند أصحاب هذا الرأي في تبرير مذهبهم إلى أسباب تاريخية وأخرى قانونية.

1 - الأسباب التاريخية

يرى أصحاب هذه النظرية أن الغلط وضمان العيوب الخفية يستندان إلى نفس الأسس ويرميان إلى نفس الهدف، وأن وجود نظامين مختلفين يرجع إلى تقاليد تاريخية وبالتحديد إلى القانون الروماني الذي كان يجهل مبدأ حسن النية المفترض في العقود، والمنصوص عنه في معظم القوانين الحديثة، ولذلك عمد حكام الأسواق لمواجهة الحاجيات العملية آنذاك إلى إنشاء نظام العيوب الخفية كجزاء في عقد البيع والذي يعتبر حالة من حالات الغلط(2).

أما حاليا وبعد الإعتراف بمبدأ حسن النية في العقود، وكذلك إعتماد نظرية الغلط فإن هذا الأخير يعتبر كافيا لحل جميع المشاكل التي تقوم بسبب وجود عيب في المبيع، وعليه فإن إندماج هاتين

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد :** المرجع السابق ، ص 250 .

(2) - **E. COTTIN** : OP CIT , P 125 .

« L'origine de la Garantie des Vices à été Une Nécéssité Pratique, Pour la Protections Que L'étatde Droit a Rome ne permettait pas de Corriger , Spécialement la Théorie de L'erreur N'éttait Pas Arrivée à Un Developpement Complet ».

النظريتين أمر مؤكد في المستقبل وسيتوحد النظامان لامحالة[1].

2 ـ الأسباب القانونية

إضافة إلى الأسباب التاريخية يستند القائلون بوحدة نظرية الغلط ونظرية ضمان العيوب الخفية على الأسباب القانونية وهي التي يتشابه فيها النظامان، فيستنتجون من تعريفهما أوجه التشابه التالية :

أ ـ **من حيث التعريف** : يعرف الغلط بأنه إعتقاد مخالف للحقيقة، وهذا التعريف قد ينطبق ايضا على العيب الخفي، فإذا قام المشتري بإبرام العقد معتقدا أن المبيع خاليا من العيب بينما هو عكس ذلك فإنه يكون قد وقع في غلـط ـ حسب رأيهم ـ لأنه لم يبرم العقد إلا لإعتقاده بأن الشئ غير معيب، فيكون قد تصور شيئا مخالفا للحقيقة[2].

ب ـ كما أن البائع لايسأل إلا عن العيوب الخفية أما الظاهرة أو التي يسهل تبينها فيتعين عليه ملاحظتها وإذا لم يفعل أعتبر مقصرا وبالتالي يتحمل خطأه، وهذا الحكم ينطبق أيضا على الغلط[3].

ج ـ أن الإستعمال المعد له الشئ يتحدد حسب طبيعة الشئ أو إتفاق الطرفين وهذه النقطة الأخيرة هي التي يستند إليها أصحاب هذا الرأي للقول بوحدة النظامين.

وبناء على أوجه التشابه هذه يجب توحيد النظامين وإخضاعهما

---

(1) - **PAUL ESMEIN** : OP CIT , N° 184 .

(2) - **ABELIN AREF ARTSICH** : de la Théorie gènérale de la garantie des Vices Caches à Léxclusion de la Vente D'animaux Domestiques , Thése Pour le Doctorat , Paris 1936 , P 115.

« L'acheteur S'est Trempé Sur les Atributs de La Chose et le Consentement Qu'il à Donné Au Contrat est Entaché D'erreur , Il Doit Donc Pouvoir , Quand il Découvre les Vices Demander L'annulation Du Contrat ... ».

(3) - **J. GHESTIN**: La Notion D'erreur Dans le Droit Positif Actuel, OP CIT, P 328. N° 280.

لنفس القواعد، لأن الهدف في كليهما هو حماية المتعاقد الذي وقع في الغلط[1].

وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذا الرأي فقضى بأن نظرية العيوب الخفية ما هي إلا تطبيق لنظرية الغلط[2].

كما يتطابق هذا الرأي مع إتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون العالمي الموحد لبيع المنقولات المادية[3].

وعلى الرغم من الحجج التي قدمها المنادون بوحدة ضمان العيوب الخفية والغلط إلا أن كثيرا من الفقهاء يذهبون إلى ضرورة البقاء على التفرقة بين النظامين.

ويستندون إلى إختلاف شروط ونتائج كل منهما، فدعوى الضمان لاتشمل ـ كما رأينا ـ بعض أنواع البيوع، مثل البيوع القضائية وعقود التبرع، بينما الغلط يطبق على جميع العقود ، كما يختلفان من حيث المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها ، فمدة رفع دعوى الضمان هي سنة من تاريخ التسليم، بينما تتقادم دعوى الغلط وفقا للقانون الجزائري بـ 10 سنوات .

ولو أننا نعتقد أنه لايمكن إعتبار مدة الإدعاء بالضمان أو بالغلط

---

(1) - **PLANIOL et RIPERT** : T. VI , OP CIT , P 281, N° 184 .
« il Convient de Soumettre Aux Méme Régles, Dans La Mesure Ou , Les Textes Ne S'y Opposent Pas , Les Deux Théories Qui Relévent D'une Souche Commune ».

(2) - Tribunal de Montpellier 13-02-1962, Dalloz 1962 Jurisprudences , P 641 .
« ... Main Attendu Que L'erreur Prévue Par le Texte Ci Dessus Montionné Concerne les Qualiteés Substantielles de la Chose L'authenticité ou L'origine S'il S'agit D'Un Objet D'art, Mais Qui , Pour Une Voiture Automobile, Résident Uniquement Dans L'Utilisation Que Peut en Faire Son Propriétaire .
- Attendu Que, L'érreur Sur la Substance Comporte Ainsi Un Caractére Purement Objectif Qui La Rapproche Sensiblement Du Vice Caché Lequel N'est Qu'Une Application Particuliere Au Contrat de Vente , D'Un principe Général Qui Régit Tous Les Contrats ».

(3) - **PHILIPPE CAHN** : La Convention de la Haye du 1er Juillet 1964 , Portant Loi Uniforme Sur La Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels , R.T.D. Com. 1964 , P 689 et Suit .

معيارا للتمييز بين النظامين، لأن المدة تعتبر مسألة لاحقة بالنسبة لقاضي الموضوع الذي عليه أولا أن ينظر إذا كان بصدد عيب خفي أو بصدد غلط ،وإذا كانت الشروط متوفرة أم لا، حتى يتمكن بعد ذلك من تطبيق أحكام ضمان العيوب الخفية أو أحكام الغلط على القضية المعروضة عليه.

أما من حيث نتائج كل من نظرية ضمان العيوب الخفية والغلط فقد رأينا أن المشرع يمنح للمشتري الحق في الخيار بين أمرين هما : إما رد المبيع واسترداد الثمن أو الإحتفاظ بالمبيع والمطالبة بانقاص الثمن، بينما النتيجة الحتمية لدعوى الغلط هي المطالبة بإبطال العقد إذا تحققت شروطه وليس للمتعاقد الخيار. وهذا هو جوهر الخلاف بين النظامين[1].

كما أن النظامين يختلفان من حيث طبيعة كل منهما، فالغلط يجب أن ينصب على صفة أخذها المتعاقد بعين الإعتبار عند إبرامه العقد حتى ولو كانت هذه الصفة غير متصلة بالغرض المعد له الشئ[2]. وبعبارة أخرى فإن العيب يعتبر شيئا موضوعيا أي له مظهر إقتصادي، أما الغلط فهو عيب في الإرادة وبالتالي فهو شئ ذاتي[3] .

وعلى الرغم من هذه التبريرات إلا أن هذا الإتجاه يعتبر سطحيا

(1) - **J.GHESTIN** : La Notion D'erreur Dans le Droit Positif Actuel , OP CIT, P 335, N° 286.

« Sur Ce Terrain L'action en Garantie S'oppose Nettement à L'anulation Pour Erreur ».

(2) - **PLANIOL et RIPERT** : T. X , P 139 , N° 126 .

(3) - **عبدالرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط ، ج4 ، المرجع السابق، ص 763 ، رقم 382 .

لذلك وجهت له إنتقادات من طرف البعض[1] الذي يرى أن الصفة الجوهرية للشئ تكون عادة مرتبطة بالإستعمال الموجه له هذا الشئ، كما أن تحديد الإستعمال الذي يقصده المشتري من الشئ يتم أحيانا بناء على معطيات شخصية أو ذاتية.

تقدير نظرية الغلط كأساس لضمان العيوب الخفية

في الواقع أنه على الرغم من أننا لاننكر وجود بعض أوجه التشابه بين النظامين على الأقل نظريا، إلا أننا نميل إلى الأخذ بالرأي الأخير الذي يقول بضرورة التفرقة بين نظرية العيوب الخفية ونظرية الغلط وإن كنا غير موافقين على المعيار الواجب إعتماده لبيان هذه التفرقة .

فالغلط يختلف عن العيب الخفي في أساسه وفي نتائجه وفي طبيعته، فدعوى الغلط هي دعوى صحة، بمعنى أنها تتعلق بعيب من عيوب ألرضا يصيب العقد منذ نشوئه، وهي تعدم العقد من أساسه إن توافرت الشروط القانونية. أما دعوى ضمان العيوب الخفية فهي تفترض وجود عقد صحيح بين المتعاقدين، ولكن ظرفا طارئا جعل هذا العقد قابلا للفسخ أو التعديل.

كما أن دعوى الغلط يجوز رفعها من طرف أي من المتعاقدين، بينما دعوى ضمان العيوب الخفية ترفع من طرف الدائن بالضمان فقط.

أما عن المعيار الواجب إعتماده للتفرقة بين ضمان العيوب الخفية والغلط، فيمكن تحديده حسب النزاع المعروض لإختلاف هذا المعيار من حالة إلى أخرى، فمثلا يطبق الغلط عندما يكون واقعا

(1) - **MICHEL ALTER** : L’obligation de Délivance Dans la Vente de Meubles Corporels, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence , Paris 1972 , P 139 , N° 140.

على صفة جوهرية في المبيع وتكون هذه الصفة غير مؤثرة في إستعمال المبيع[1]. وعلى العكس إذا ظهر في المبيع عيب ولايجتمع هذا العيب مع أي عيب من عيوب الرضا ، فيطبق ضمان العيوب الخفية.

لكن قد يحدث أن تنطبق على الواقعة الواحدة الحالتان معا ، كأن ينصب الغلط على صفة جوهرية في المبيع ، ويكون لهذه الصفة تأثير على الإستعمال المعد له الشئ، ففي هذه الحالة يمكن القول أن المتعاقد قد وقع في غلط في صفة جوهرية، وكذلك وجود عيب بالشئ المبيع يخل بالإستعمال المعد له[2]، فهل يملك المشتري ـ في حالة تحقق الحالتين ـ حق الخيار بين دعوى الضمان ودعوى الغلط ؟.

ذهب رأي إلى أنه إذا إجتمعت حالة الغلط وحالة العيوب الخفية يجب تطبيق القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية وليس قواعد الغلط، لأن القواعد الأولى تعتبر تطبيقا خاصا لنظرية الغلط. وعليه إذا وجدت نصوص تضع أحكام خاصة تختلف عن الأحكام العامة المنظمة للغلط يجب تطبيق النص الخاص عوضا عن النص العام[3].

لكن الرأي السائد يذهب إلى أنه في حالة ما إذا كان العيب ينزع عن الشئ المبيع صفة جوهرية فإنه يكون للمشتري الخيار بين دعوى ضمان العيوب الخفية ودعوى الإبطال بسبب الغلط[4].

---

(1) - **CARBONNIER** : R.T.D. Civil 1961 , OP CIT , P 332 .

(2) - **عبدالرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط ، ج4 ، المرجع السابق، ص 762، رقم 382 .
- **وكذلك كوتان** : المرجع السابق ، ص 128 .

(3) - **PLANIOL et RIPERT** : T. VI , OP CIT, P 221 , N° 184.

(4) - **COTTIN** : OP CIT , P 117 .
- **RICARDO FUBIRN** :Nature Juridique de La Responsabilitee du Vendeur pour les vices caches R.T.D. Civil 1903, P 332, N° 57. - **A.AREF** : OP CIT , P 117 .
وكذلك السنهوري : ج4 ، المرجع السابق، ص 762 ، رقم 382.

ونحن نعتقد أن الرأي الأخير هو الأقرب إلى المنطق والعدالة. ولذلك يجب إستبعاد الراي الأول الذي يرى أن النص الخاص يقيد النص العام، فهذا الكلام يمكن أن يقال عندما نكون أمام نظام قانوني واحد، كما إذا كانت كل من القواعد الخاصة والقواعد العامة تنظم البطلان مثلا، أما في حالتنا هذه فإن النظامين مختلفان. وعليه لايجوز تطبيق المبدأ القائل بأن الخاص يقيد العام ، فمن غير المنطق والعدل إذن رفض الدعوى الأكثر فعالية بالنسبة للشخص الذي يستحق حماية أكثر.

موقف القضاء من حق الخيار بين دعوى الغلط ودعوى الضمان

رأينا أنا هناك نقاط تشابه كثيرة بين الغلط وضمان العيوب الخفية وهذا يدل على وجود صلة بينهما. ولعل هذا التداخل هو الذي جعل الأحكام القضائية تختلف من محكمة لأخرى، وفي نفس الوقت يفسر عدم وجود معيار واضح مستعمل من طرف كل المحاكم.

وأيا ما كان الأمر يمكن إرجاع أحكام المحاكم إلى مرحلتين إثنتين : المرحلة الأولى كانت فيها تعترف بحق المشتري في الخيار بين دعوى الضمان ودعوى الغلط في حالة إجتماعهما في الواقعة الواحدة[1]، إلا أن قضاء محكمة النقض الفرنسية يبدو أنه أراد وضع حد لهذا الإختلاط وما قد ينجر عن تطبيقه من نتائج سلبية ولاسيما إذا ترك المتعاقد الدعوى الأولى تتقادم ثم يرفع الدعوى الثانية معتمدا على نفس الطلب، وهكذا فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما لها في قضية إدعى المتعاقد فيها بأن قاضي الموضوع إقتصر على رفض الطلب ، بحجة أن دعوى الضمان لم

ـ **د. سمير عبدالسيد تناغو** : المرجع السابق ، ص 335، رقم 79 .

(1) - نقض مدني فرنسي 1900/07/25 ، دالوز 1904 - 1 - ص 611. وكذلك محكمة ليون في 1953/07/02، مجلة القصر 1953 - 2 ، ص 287.

ترفع خلال المهلة القصيرة التي فرضتها المادة 1648 مدني فرنسي[1]، وبعد مرور بضعة أشهر فقط على هذا الحكم، صدر قرارا آخر من محكمة النقض رفضت فيه الدعوى التي رفعها المشتري والتي إستند فيها على المادة 1110 المتعلقة بالغلط ، والمادة 1641 ق م ف ، المتعلقة بضمان العيوب الخفية، ووجوب إخضاع الدعوى المرفوعة من قبل المشتري ولو كانت دعوى غلط إلى المهلة القصيرة المنصوص عنهـــا في المادة 1648 ق م ف المتعلقة بمدة رفع دعوى الضمان[2].

وهكذا يمكن القول أن محكمة النقض الفرنسية قد إستنتجت من وجود تشابه بين نظام ضمان العيوب الخفية ونظام الغلط أنه في حالة ما إذا كان الغلط ناتجا عن وجود عيب في المبيع فيجب أن ترفع دعوى البطلان إذا إختارها المشتري خلال المدة القصيرة المنصوص عنها في المادة 1648 ق م ف ، المتعلقة بضمان العيوب الخفية، وبذلك يكون القضاء قد إبتعد عن كل تفرقة بين ضمان العيوب الخفية والبطلان بسبب الغلط[3].

ثانيا : عيوب الرضا كأساس لنظرية ضمان العيوب الخفية في الشريعة

يبدو أن فقهاء الشريعة الإسلامية يؤسسون نظرية العيوب الخفية على عيوب الرضا. فقد ورد أنه : " ... السلامة لما كانت

---

(1) - Cass Civil 04/01/1960, Bulletin Civil 1960 - 1 - P 4 , N° 4.

وقد جاء فيه على الخصوص : " بأن دعوى المشتري لاتهدف البتة إلى طلب بطلان العقد، ولكنها تهدف إلى تطبيق القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية، ومن ثم يجب إحترام الشرط المنصوص عنه في المادة 1648 " وهو شرط المدة القصيرة".

(2) - Cass Civil , 19/07/1960, Gazette du Palais 1960 - 2 - 217.

« ... Attendu Que L'acheteur ne Saurait Se Soustraire à L'obligation Imposée Par L'article : 1648 D'intenter Dans Un Bref Délai L'action en Nullité de la Vente Pour Vice Caché de la Chose La Rendant Impropre à L'usage Auquel on la Destine Aux Termes de L'art 1641, en Invoquent Cette Conséquence du Vice au Titre d'une Erreur Sur La Substance , Que L'action Fondeé Sur Cette Erreur est Soumise au Méme Bref Delai ... ».

(3) - Jurisclasseur Civil , Art 1641 à 1649 , Op cit , P 17 , N° 126 .

مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد إختل رضاه وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع قال تعـالى { يَاأَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا لا تَأكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ}. فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه إثباتا للحكم على قدر الدليل ... "(1).

فضمان العيب يثبت ـ حسب جمهور الفقه الإسلامي ـ دون حاجة إلى شرط به في العقد. فسلامة المبيع من العيب شرط ضمني في العقد، ولما كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصا.

فقد ورد : " ... أن السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لايلزم البيع فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في المبيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخره، لأن غرضه الإنتفاع بالمبيع ولايتكامل إنتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا لجميع المبيع : فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروط نصا.فإذا فاتت المساواة كان له الخيار. كما إذا إشتري جارية على أنها بكر أو أنها طباخة فلم يجدها كذلك. وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضا لأنه عقد معاوضة، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة، وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالبدل والسلامة بالسلامة..." (2).

من كل هذا يتبين أن الرضا قام على دعامة من السلامة،

---

(1) - **الكاساني** : بدائع الصنائع، ج5 ، المرجع السابق، ص 274 . - **السنهوري** : مصادر الحق ، ج4 ، المرجع السابق ، ، ص 254. - **إبن حزم** : المحلى ، ج9 ، المرجع السابق ، مسألة رقم 1586 .

(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 274 .

فتخلفها يحدث خللا به، فإذا حدث خلل بالرضا أعطى الشارع لمن إختل رضاه حق فسخ العقد[1].

وهذا هو مذهب الإمام مالك وأبي حنيفة والشافعي، بل أن بعض الفقهاء ربط صراحة أساس ضمان العيب بنظرية الغلط، فقال : "... إذا ظهر عيب في الشئ تبين أن المشتري كان واهما عندما إعتقد أن الشئ سليم من العيب، ومن هنا كان خيار العيب متصلا أوثق الإتصال بنظرية الغلط، بل هو ليس إلا صورة من صوره المتعددة "[2].

المطلب الثاني
نظرية السبب كأساس لضمان العيوب الخفية

أولا : نظرية السبب كأساس لضمان العيوب الخفيةفي القانون الوضعي

لم يعرف المشرع السبب، لذلك نرجع إلى التعريف الفقهي، وإذا تصفحنا كتب الفقه لوجدنا أن هذا الأخير منقسم إلى قسمين :

فريق يعرفه تعريفا موضوعيا وهو الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه، ويعتبر ركنا في العقد لايتغير في النوع الواحد من العقود[3]. وهذا التعريف مطابق للنظرية التقليدية في السبب.

(1) - **الإمام محمد أبو زهرة** : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربية 1977 ،
ص 403 .

(2) - **السنهوري** : مصادر الحق، ج2 ، المرجع السابق، ص 122 .

(3) - **السنهوري** : الوسيط، ج1 ، المرجع السابق، ص 478 ، رقم 263 . - **د. عبدالمنعم البدراوي** ، النظرية العامة للإلتزامات 1968، ص 239 ، رقم 244 . - **مازو** : دروس في القانون المدني ، 1969 ، ج2 ، ص 216 ، رقم 255 .

أما النظرية الحديثة فتنظر إلى السبب بأنه الدافع الباعث إلى التعاقد، وبذلك فإن السبب أمر ذاتي وليس داخلي، ومن ثم فهو يتغير حسب نوع كل عقد(1).

وقد حاول بعض الفقهاء تأسيس نظرية الضمان على نظرية سبب الإلتزام معتمدين على نقطتين أساسيتين هما : أن إنتفاء السبب في العقد يترتب عنه وجود الضمان. والثانية أن نتائج الضمان هي نفسها نتائج السبب .

1 ـ فبالنسبة لإنتفاء السبب كمبرر لوجود الإلتزام بضمان العيوب الخفية، يرى أصحاب هذا الراي أن المشتري عندما يقدم على شراء شئ معين فإنما يهدف إلى الحصول على شئ مفيد، أي أن المشتري لايهدف إلى الحيازة المادية للشئ فقط، بل إلى الإفادة منه إقتصاديا أي إستعماله والتمتع به بصورة نافعة وهذا هو السبب الذي يدفعه إلى التقاعد(2).

لكن هذا الهدف قد لايتحقق في بعض الأحيان. ويكون ذلك عندما يكون الشيء الذي حصل عليه المتعاقد مشسوبا بعيب خفي يوثر في الإستعمال أو الإنتفاع المرجو منه. ويترتب على ذلك تخلف سبب الإلتزام فيعمد المتقاعد الى مطالبة البائع بمقتضي الضمان(3).

ويرى مؤيدوا هذه التظرية أن توافر السبب الموضوعي أي سبب الإلتزام هو تنفيّذ للإلتزام ، وإنتفائه يعني عدم قيام الطرف الآخر بتنقيذ الإلتزام فيتحرك الضمان. وينطبق هذا الكلام على

(1) - **GAUDMET** : Théorie Générale des Obligations, P 112.
مشار إليه في مؤلف **أسعد دياب** : المرجع السابق ، ص 333 .

(2) - **PAUL ESMEIN** : Le Fondement de la Responsabilité Contractuelle Rapprochée de la Responsabilité Délectuelle , R.T.D. Civil. 1933 , P 627 et Suit, N° 18.

(3) - نقض مدني فرنسي في 1857/01/14. دالوز 1857 - 1 - 65 .

الضمان القانوني والضمان الإتفاقي. ذلك أن تعديل المتعاقدان للغاية من العقد في الضمان الإتفاقي يترتب عليه إدخال الباعث أو الدافع المتفق عليه في العقد ورفعه الى مرتبة سبب العقد.

ويبقي هذا الرأي صحيحا حسب هؤلاء حتي في حالة إتفاق المتعاقدين على إستبعاد الضمان. لأن العقد في هذه الحالة يصبح عقدا إحتماليا ،وفي هذا النوع من العقود يكون الدائن عالما منذ البداية أن حقه يرد على مجرد أمل ، أي حق إحتمالي. فيكون سبب المتعاقد ليس الشيء ذاته وإنما هو إحتمال الحصول عليه.

ولا يكتفي أصحاب هذا الرأي بما تقدم بل يدعمون رأيهم بإختلاط أو وحدة نتائج تخلف السبب بآثار الإلتزام بضمان العيوب الخفية.

2 - إختلاط نتائج إنتفاء السبب بـآثار ضمان العيوب الخفية.

تقدم أن المقصود بالسبب كأساس لضمان العيوب الخفية هو السبب القصدي ويقصد به من ناحية الآثار السبب كعنصر في تنفيذ العقد وليس في تكوينه لأن جزاء تخلف السبب عند تكوين العقد هو البطلان المطلق[1].

ومن هنا إذا تخلف السبب القصدي في تنفيذ العقد التبادلي فجزاء ذلك الفسخ. ودعوى رد المبيع المشوب بعيب خفي تعتبر بمثابة فسخ للعقد لأنها لا تقبل إلا إذا كان العيب مؤثرا كما رأينا. أي الى درجة يجعل سبب الإلتزام منعدما. وهذا ما قضي به القضاء في فرنسا[2].

أما بالنسبة لدعوى إنقاص الثمن فلا تؤثر في سبب الإلتزام

(1) - **VERGNES** : Thése Précitée , P 191 .

(2) - نقض مدني فرنسي في 187/03/13. دالوز 1877 - 1 - 323 .

لكونها دعوى مسؤولية[1].

تقدير النظرية

هذه النظرية هي في الحقيقة أقل صلابة مما يصوره أنصارها. فقواعد الضمان تختلف إختلافا جذريا عن قواعد الفسخ بسبب تخلف السبب القصدي. فالفسخ يفترض وجود عقد صحيح بين الطرفين المتعاقدين. ويكون مؤسسا على إخلال أحد الطرفين بإلتزاماته المترتبة عن العقد. ومن ثم فهو يستند على واقعة لاحقة على قيام العقد صحيحا وهي عدم التنفيذ.والقول بزوال سبب المتعاقد يؤدي بالنتيجة إلى حرمان الدائن من الحق في المطالبة بتنفيذ الإلتزام الذي أدى إلى تخلف السبب، بمجرد إمتناع المدين عن تنفيذ العقد أو فسخه. فهذا يدل دلالة قاطعة علىأن عدم تنفيذ الإلتزام لايجرد العقد من السبب[2].

كما أن السبب يوجد في كل الإلتزامات العقدية وحتى في الإلتزامات الصادرة من جانب واحد. أما الإلتزام بضمان العيوب الخفية فقد رأينا أنه لايوجد في التبرعات وحتى في عقود المعاوضة إستثنى المشرع بعض العيوب من الضمان ، كالبيوع القضائية والإدارية التي تباع عن طريق المزاد.

كما أن دعوى الضمان يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ التسليم، أما بالنسبة لدعوى الفسخ فهي تتقادم بمرور 15 سنة، بل أن إنتفاء السبب في العقد يؤدي إلى بطلان العقد لكونه يفتقر إلى أحد اركانه الأساسية ومن ثم لايمكن أن يخضع لمدة معينة.

ثانيا : نظرية السبب كأساس لضمان العيب في الشريعة الإسلامية

---

(1) - **B. GROSS** : Thése Préciteé , P 78 .

(2)- المادة 119 مدني جزائري ، وانظر أيضا :

- **PLANIOL et RIPERT** : T. X , OP CIT ? P 128 , N° 119 .

لم يضع الفقه الإسلامي في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للسبب فهو دائما لايصوغ نظريات عامة، بل يورد تطبيقات تفصيلية لتمكين عن طريق التحليل والتأصيل إستخلاص النظريات .

وقد نصت المادة الثانية من مجلة الأحكام العدلية المقننة لرأي المذهب الحنفي على أنه " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فالحكم الشرعي للعمل يكيف طبقا لأحكام هذا النص بحسب قصد المشتري "، فقد ورد أنه : " هل الإعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أم للمقصود والنيات تأثير يوجب الإلتفات إليها ومراعاة جانبها. وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلا وتحريما، فيصيرا حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد، كما يصير صحيحا تارة وفاسدا تارة باختلافها، مثال ذلك الرجل الذي يشتري الجارية ينوي أن تكون لموكله فتحرم على المشتري وينوي أنها له فتحل له، وصورة الفعل والعقد واحدة وإنما إختلفت النية والقصد "[1].

والسؤال المطروح هو : هل يأخذ الفقه الإسلامي بالسبب القصدي على النحو الذي سبق بيانه عند الكلام عن هذا الموضوع في القانون الوضعي أم هناك نوع آخر من السبب ؟.

إنقسم الفقه الإسلامي حول نظرية السبب إلى إتجاهين مختلفين :

الإتجاه الأول : ويمثله المذهب الحنفي والشافعي، فهؤلاء لايعتدون بالسبب بمعنى الباعث إلا إذا كان معبرا عنه في صيغة العقد، أما إذا كان هذا الباعث لاتتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن

(1) - **إبن القيم الجوزية** : إعلام الموقعين ، ج3 ، ص 96 . مشار اليه في رسالة عبد الرسول عبد الرضا محمد، المرجع السابق ، ص 428

الإرادة فلا يعتد به ، ويجب الوقوف عند الإرادة الظاهرة وليس عند النوايا الخفية للمتعاقدين[1] .

فقد ورد في البدائع أنه : " لو إشترى قمرية على أنها أو طيرا على أنه يجئ من مكان بعيد أو كبشا على أنه نطاح أو ديكا على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله لأنه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن ولأن هذه الصفات يتلهى بها عادة، والتلهي محظور، فكان هذا شرطا محظورا فيوجب فساد البيع "[2].

أما **الإتجاه الثاني:** ويمثله الفقه المالكي والحنبلي فيعتد بالسبب الباعث الدافع إلى التعاقد ويعتد بالنيات والمقاصد، وهذا الرأي أقرب إلى النظرية الحديثة في الفقه اللاتيني ، عكس النظرية الأولى التي هي أقرب إلى النظرية الجرمانية (الموضوعية) [3].

والواقع أن الفقه الإسلامي في عمومه يأخذ بالنظريتين معا على ما يبدو وكل ما هنالك أنهم يختلفون من حيث التعبير عن السبب أو المقاصد، فالإتجاه الأول يأخذ بالتعبير المعبر عنه في العقد، أما الإتجاه الثاني فيأخذ بهذا القصد أو السبب حتى ولو كان غير معبر عنه، أي يبحث عن نية المتعاقدين، والدليل على أن الفقه الإسلامي يأخذ بالنظريتين معا، هو أنه ياخذ بالمقاصد، والقصد كما هو معلوم يجمع بين الغرض المباشر والغرض غير المباشر

المطلب الثالث

(1) - **عبدالرزاق السنهوري** : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، المرجع السابق ، ص 51 وما بعدها .
والمراجع المشار إليها في الهامش .

(2) - **الكاساني** : بدائع الصنائع ، ج5 ، المرجع السابق ، ص 169 .

(3) - **إبن القيم الجوزية** : إعلام الموقعين ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 96 - 98 .

نظرية الإفتراض كأساس لنظرية العيوب الخفية

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الألماني " ويند شايد " Windscheid ومؤدى هذه النظرية أن هناك إفتراضا مسبقا لدى المتعاقد في كل العقود التي يوجد فيها الإلتزام بضمان العيوب الخفية ، فيعتبر هذا الإفتراض بمثابة شرط خاص يخول لصاحب الحق في الضمان بالطعن في العقد إذا لم يجد الصفات التي إفترض وجودها مسبقا.

وقد إعتمد هذه النظرية ودافع عنها بحماس الفقيه " ريكاردو فوبيني " Ricardo Fubini[1] .

إلا أن هذه النظرية قد وجهت لها إنتقادات لأنها تخلط بين الإفتراض والشرط، كما أنها تناقض مبدأ حسن النية المفترض في العقود. كما أن هذه النظرية حتى وإن كانت تصلح لتبرير دعوى الرد إلا أنها لاتصلح لتبرير دعوى انقاص الثمن.

ولقد حاول أنصار هذه النظرية التخفيف من هذه الإنتقادات بالقول أن الإفتراض ليس مخالفا لمبدأ حسن النية ، لأن هذه النظرية لاتمنح إمتيازات أو تسهيلات للمشتري Des Faveurs ، ولكنها تمنح له حقا لأنه إستطاع أن يقيم Evaluer وبدقة الظروف التي تعاقد على أساسها، فكيف نتكلم عن حسن النية بالنسبة للشخص الذي تعاقد دون أن يعرف الظروف التي عبر فيها عن إرادته، فحسن النية لايؤخذ به إلا إذا كان مطابقا للقانون[2].

وأيا ما كانت الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية والمبررات التي قدمها أنصارها للرد عليها فهي في إعتقادنا لاتصلح لإعتبارها

---

(1) - **RICARDO FUBINI** : Nature Juridique de la Responsabilité du Vendeur pour Les Vices Cachés , Revue Trimestrielle de Droit Civil 1903 , PP 279 et Suite . Spécialement , P 312 et Suite, N° 32 et suite.

(2) - **RICARDO FUBINI** : OP CIT , P 320 .

أساسا لنظرية العيوب الخفية لأنها بكل بساطة نظرية إفتراضية بالدرجة الأولى، والإفتراض يتنافى والإستقرار والثبات، كما أنها تعتبر غريبة عن المفاهيم القانونية، وأخيرا فإن الإفتراض الذي يقوم لدى المشتري وينادون به قد يكون إفتراضا شخصيا أو ذاتيا وهذا قد يجعل البائع تحت رحمة رغبات المشتري[1].

المبحث الثاني
النظريات ذات الإتجاه المختلط

يمكن إدراج الآراء التي تخلط بين الإتجاه الشخصي والإتجاه الموضوعي والتي أقترحت كأساس لنظرية العيوب الخفية تحت ثلاثة نظريات أساسية، هي نظرية العدالة، ونظرية عدم التنفيذ، وأخيرا نظرية تحمل التبعة.

وعليه سنتناول هذه النظريات في مطالب ثلاثة على التوالي : مع الإشارة أن بحث هذه النظريات سيقتصر على القانون الوضعي ، وذلك لعدم وجود ولو إشارة إلى هذه النظريات في كتب الفقه الإسلامي.

المطلب الأول
نظريــــة العدالـــــة

يؤسس البعض نظرية ضمان العيوب الخفية على فكرة العدالة. وقد يبدو لأول وهلة أن هذه النظرية تحتوي على فكرة موضوعية وهي فكرة المساواة بين الإلتزامات المتقابلة في العقد، لأن إختلال التوازن بين هذه الإلتزامات يترتب عنه الإضرار بأحد المتعاقدين.وهكذا تتدخل فكرة العدالة إلى جانب الطرق الآخرى

---

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 438 ، رقم 258 .

لتعويضه. إلا أن هذه النظرية تشير إلى صدور خطأ من البائع، وهذا الخطأ لايمكن تحديده إلا بالإعتماد على عنصر ذاتي، وهذا هو سبب إعتبار هذه النظرية ذات إتجاه مختلط.

ويرى صاحب هذه النظرية وهو الفقيه الألماني "هوبرنج"[1] أن جهل البائع بعيوب الشئ المبيع لا علاقة له بالظروف الشخصية للمتعاقد، بل هو أمر موضوعي، وأن خطأ البائع يتمثل في مجرد إقدامه على البيع[2].

ويتضح جليا أن هذه النظرية تميل بشكل كبير إلى المشتري ، ولعل هذا هو سبب عدم إشارتها لمسألة واجب المشتري بفحص المبيع عند تسلمه والذي يفرضه عليه القانون ، كما رأينا سابقا.

والنقد الموجه لهذه النظرية أنها تؤسس ضمان العيوب الخفية على فكرتين متناقضتين ، وهما العدالة والخطأ ، لأن الأولى هي فكرة عامة تصلح لتبرير جميع القواعد القانونية، بينما صاحب النظرية يقيم مسؤولية المتعاقد على الخطأ، وفي ذلك تناقض صارخ لأن الخطأ يقوم على التقصير والإهمال، بينما العيب الخفي قد يوجد في المبيع ولايكون البائع عالما به كما رأينا، أي لايمكن نسبة وجود العيب إلى خطأ من البائع، فكيف تفسر لنا هذه النظرية ذلك ؟ ثم أننا نتكلم في هذه الحالة عن عقد قام صحيحا بتوافر كافة أركانه الأساسية وأن وجود العيب هو واقعة لاحقة لتكوين العقد، فكيف نتكلم عن الخطأ في تكوين العقد ؟ وكيف يمكن إعتبار البائع أنه مخطئا لمجرد أنه يبيع ؟.

المطلب الثاني

---

(1) - **حلمي بهجت بدوي :** آثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والإقتصاد ، مارس 1933 ، ص 391 .

(2) - **حلمي بهجت بدوي :** المرجع السابق ، ص 391 .

نظريـــــة عـدم التنفيـذ

يرى بعض الفقهاء أن وجود عيب خفي في الشئ المبيع يعتبر إخلالا بالإلتزام بتنفيذ العقد من طرف البائع، أي عدم تمكين المشتري في عقد البيع الإنتفاع الهادي من الشئ المبيع إنتفاعا مناسبا للثمن الذي دفعه(1). وقد إنقسم أصحاب هذا الإتجاه إلى رأيين :

رأي يعتبر أن الإلتزام بالضمان ما هو إلا إمتداد للإلتزام بالتسليم ، أما الرأي الثاني فيرى أن ضمان العيوب الخفية يجد أساسه في ضمان التعرض والإستحقاق.

أولا : التسليم كأساس لضمان العيوب الخفية

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن البائع عندما يسلم للمشتري شيئا مشوبا بعيب خفي يكون قد أخل بالتزاماته بالتسليم، لأن هذا الإلتزام يقصد به تسليم شئ يفي بالغرض الرئيسي المقصود من العقد. أي لايقتصر هذا الإلتزام على الحيازة المادية للشئ. بل يهدف إلى جعل هذا الشئ صالحا للإستعمال المقصود منه، حتى يحقق الفوائد التي كان المشتري ينتظرها منه. لأن هذه الفوائد هي التي تشكل قيمته(2).

وقد تأثرت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الراي فقضت بأن ضمان العيوب الخفية هو إمتداد للإلتزام بالتسليم(3).

لكن هذه النظرية ـ وكما هو واضح ـ غير صحيحة، لأنها تخلط بين نظامين مختلفين في موضوعهما وإن تشابها في هدفهما. فالتسليم لم يعد يقصد به نقل ملكية الشئ ونقل الإنتفاع به الفعلي كما

(1) - **RICARDO FUBINI** : R.T.D. Civil. 1903 , OP CIT , P 281 , N° 06 .
(2) - **RICARDO FUBINI** : OP CIT , P 285 , N° 06 .
(3) - Cour D’appel de Nancy , Fevrier 1959. Dalloz , 1959 - 233 .

كان سابقا. فنقل الملكية في الوقت الراهن أصبح يتم كقاعدة بمجرد العقد أي قبل تمام التسليم ماعدا في بعض البيوع كالعقارات مثلا، ومن هنا فالمفهوم الحالي للتسليم هو وضع المبيع تحت تصرف الدائن دون عائق. والقول بغير ذلك معناه الإعتراف بوجود ضمان العيوب الخفية في جميع العقود، لأن الإلتزام بالتسليم يوجد فيها جميعا[1]. وعندئذ يصعب تبرير عدم وجود ضمان العيوب الخفية في بعض العقود كالتبرعات والمعاوضات التي يكون محلها شيئا معنويا، وكذلك العقـود الإدارية والقضائية.

ثانيا : ضمان التعرض كأساس لضمان العيوب الخفية

يرى البعض أن ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية مردهما إلى أساس واحد، لأن المشرع قد جعل لهما أحكاما موحدة في بعض النصوص، كما أن النظامين يرتبطان بالإلتزام بالتسليم[2] .

لكن هذه النظرية هي أيضا لا تستند إلى اساس صحيح، لأنها لاتفسر لنا كيف يمكن الكلام عن حالة عدم التنفيذ عند وجود عيب بالمبيع، فضمان التعرض يختلف عن ضمان العيوب الخفية، ففي الحالة الأولى نكون أمام حرمان كلي أو جزئي للشئ المبيع وكذلك حرمان من المنفعة وهذا الحرمان لايكون له فعالية إلا إذا كان يخل أو يعرقل حق ملكية المشتري.

أما في حالة ضمان العيوب الخفية فلا نجد هذا الإخلال أو العرقلة لحق الملكية، فوجود العيوب بالمبيع لايؤثر على الملكية،

---

(1) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد :** المرجع السابق ، ص 449 ، رقم 262 .

(2) - **أسعد دياب :** المرجع السابق ، ص 366 ، والمراجع المشار إليها في الهامش .

بل يؤثر على لمنفعة الإقتصادية للشئ المبيع[1].

المطلب الثالث
نظريــة تحمـل التبعـة كأساس للضمان

يرى بعض الفقهاء أن العيب يعتبر بمثابة حادث فجائي Cas Fortuit حصل في الوقت الذي كان البائع مالكا للشئ المبيع، ومن هنا يكون مسؤولا عن هذا العيب، وهو يدخل ضمن نظرية تحمل التبعة، ويعتبر بمثابة هلاك جزئي[2].

لكن هذه النظرية مرفوضة أيضا، لأنه إذا كان العيب يعتبر بمثابة هلاك جزئي ويدخل ضمن نظرية تحمل التبعة، فإن هذا المفهوم يفقد أهميته، حيث يصبح العيب لايؤخذ بعين الإعتبار إلا في علاقته مع حالة إستحالة الأداء، ومن هنا يمكن التساؤل عن مدى فائدة النصوص القانونية التي وضعها المشرع لتقرير مسؤولية البائع عن العيوب الخفية، ألم يكن يكفي المشرع الإحالة إلى القواعد أو النصوص التي تتعلق بتنفيذ الإلتزام؟ وإلى تلك التي تتناول نتائج الخسارة الجزئية التي تصيب الشئ ؟ .

إضافة إلى ذلك فإذا كانت نظرية تحمل التبعة تصلح بحسب الظاهرلتبرير دعوى الرد ودعوى إنقاص الثمن، إلا أنها لاتستطيع تبرير حق المشتري في طلب التنفيذ العيني وحقه في التعويض[3].

كما أن البائع بتسليمه الشئ المبيع إلى المشتري يكون قد نقل ملكيته وقام بتنفيذ التزاماته المترتبة عن العقد، ولذلك يصعب تبرير مساءلته في حالة تبعة الهلاك لكونها تقع على المشتري بعد التسليم

(1) - **RICARDO FUBINI** : OP CIT , P 286 , N° 06 .
(2) - **RICARDO FUBINI** : OP CIT , P 293 , N° 12 .
(3) - **عبدالرسول عبدالرضا محمد** : المرجع السابق ، ص 454 ، رقم 267 .

كقاعدة[1].

وخلاصة القول حول مجمل النظريات السابقة التي أقترحت كأساس لنظرية ضمان العيوب الخفية أن التشابه في صياغة بعض المواد هو الذي أدى إلى نشوء هذه الإختلافات .

والواقع أن الإلتزام بضمان العيوب الخفية هو ـ كما رأينا ـ التزام أصلي ومستقل من صنع المشرع لإعتبارات عملية ، وهو يوجد حيثما وجد عيب في المبيع إذا توافرت شروط معينة.

ومن هنا لاحاجة إلى تأسيس الإلتزام بضمان العيوب الخفية على أي نظام من الأنظمة القانونية السابقة لإختلافها عنه إختلافا جذريا سواء من حيث الشروط أو النظام أو الآثار .

(1) - **AREF** : Thése Précitée , P 123 et 124 . - GROSS : Thése Précitée , P 64 .

الخاتمـــــة

الخاتمة

ختاما لهذه الدراسة من الضروري الوقوف عند بعض نقاطها، وتسجيل أهم النتائج والملاحظات التي إنتهينا إليها ، ملتمسين العذر على ما قد يبدو تكرارا لما سبق، لأن إصرارنا على إعادة ذكرها يعود أساسا إلى أهميتها وإلى كونها الحوصلة النهائية لهذا البحث.

ونشير أن هذه الدراسة قد تناولت في البداية موضوع ضمان العيوب الخفية او خيار العيب ، وقد تبين لنا أن سلامة محل العقد من العيوب الخفية له أهمية بالغة، لأن المتعاقد لايقصد من إقدامه على التعاقد حيازة الشئ حيازة مادية فحسب، بل يقصد من ذلك ـ وهذا هو المهم عنده ـ الإستفادة منه والإنتفاع به.

كما تبين لنا أن نظرية العيوب الخفية وإن كانت جذورها تمتد إلى قانون حامورابي وإلى القانون الروماني بصفة خاصة إلا أنها سايرت التطورات الإقتصادية والإجتماعية. فتطور مفهوم العيب الخفي من العيب بمعنى الآفة إلى مفهوم إقتصادي أو وظيفي مرتبط بالغاية المقصودة من الشئ محل العقد. ورأينا أن هذا التطور مرده إلى القضاء الفرنسي خاصة حيث حاول ان يجد حلولا للقضايا المعروضة أمامه.

وقد تناولت هذه الدراسة التعريف بالعيب والفرق بينه وبين الرداءة وتختلف الصفة في الشيء المبيع. ثم التطور التاريخي لنظرية العيب الخفي سواء من حيث العقود أو الأشخاص أو المدة. فشروط العيب الموجب للضمان ومجال تطبيقه. وأحكام الخيار وأخيرا أساس نظرية العيوب الخفية.

وسجلنا من خلال هذه الدراسة لنظرية ضمان العيوب الخفية بعض الملاحظات حول المواد والمفاهيم.

وقبل أن نبدأ في إبداء الملاحظات المسجلة يمكن القول أن

لنظرية العيوب الخفية خصائص مميزة أهمها :

- أن الإلتزام بضمان العيوب الخفية يتميز بكونه لا يقوم إلا عند وجود عقد صحيح وملزم، أي مرتب لجميع آثاره. وأن هذا الحق في الضمان لايثبت للمتعاقد إلا بمقتضى نص قانوني أو إتفاق. وأنه لا يثبت للمتعاقد على سبيل الدوام ، بل يسقط بمرور مدة معينة تختلف من قانون لآخر قد تطول وقد تقصر. كما لا يتوقف ثبوت الحق في الضمان على إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه العقدي. بل يقوم هذا الحق حتى ولو لم يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته. لأن الرجوع بالضمان ليس فسخا حتى يشترط عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته.

وعودا على بدء سجلنا من خلال هذه الدراسة الملاحظات التالية :

ملاحظات عامة أو شكلية تتعلق بالتسمية والتعريف ومجال ضمان العيب الخفي . وملاحظات تتعلق باستعمال حق الخيار والنتائج المترتبة عليه، وأخيرا ملاحظات أو بعبارة أدق إقتراحات نقدمها كنتاج لهذه الدراسة.

أولا : الملاحظات العامة

1 - من حيث التسمية لاحظنا أن القانون الوضعي يسمي الحق في الرجوع على البائع بالعيب الخفي " بضمان العيوب الخفية " بينما تسمي الشريعة الإسلامية هذا الحق " بخيار العيب " أو " خيار النقيصة ".

وعليه فإن التسمية القانونية تأخذ بعين الإعتبار التزام البائع المترتب عن العقد. أما تسمية الشريعة فتنظر إلى حق المشتري في إستعمال الخيار.

ووجه الغرابة في هذه التسمية أن القانون الوضعي ينظر إلى التزام البائع رغم أنه يقرر الحق في الرجوع بالضمان إلى المشتري فقط.

في حين أن الشريعة الإسلامية تنظر في تسمية خيار العيب إلى المشتري على الرغم من أنها تقر بحق الخيار لكل من البائع والمشتري كما رأينا.

2 ـ أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يصنفوا العيوب الخفية لذاتها ، بل ذكروا أمثلة كثيرة في مؤلفاتهم تبين العيوب الخفية التي تصيب الشئ المبيع ويترتب عليها ثبوت الحق في الرجوع بالضمان .

في حين ان القانون الوضعي إكتفى بتصنيف العيوب الخفية دون ذكر الامثلة .

3 ـ من حيث تعريف العيب فقد عرف الفقه الإسلامي العيب الخفي تعريفا دقيقا ةذلك عكس القانون الوضعي الذي سكت عن تعريف العيب .

كما أن الفقه الإسلامي قد ميز بشكل مفصل وعن طريق الأمثلة بين العيب الموجب للضمان والرداءة. وكذلك بين العيب بمعنى الآفة وفوات الوصف أو تخلف الصفة بالمبيع. فاعتبر أن الرداءة لاتعتبر عيبا لأن الشئ يخلق جيدا ومتوسطا ورديئا، وبالتالي لا تستوجب الرداءة الضمان. أما العيب فهو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وعليه فإن وجوده في المبيع يثبت الحق في الضمان

وبينا أن لهذه التفرقة فائدة عملية كبيرة، إذ أن البائع يكون ملزما، ودون حاجة إلى شرط في العقد ، بضمان العيوب الخفية ،وأن عدم الإلتزام بالضمان او الإعفاء منه هو الذي يستلزم وجود

شرط في العقد .

وذلك بخلاف الرداءة فإن البائع لايكون ملزما بضمانها إلا إذا وجد شرط صريح في العقد بعدم وجودها، أي أن الرداءة تطبق عليها أحكام ضمان تخلف صفة بالمبيع الذي لايضمنه البائع إلا بوجود شرط في العقد.

4 ـ أن مجال أو نطاق ضمان العيب الخفي في الشريعة الإسلامية هو أوسع من مجال ضمان العيوب الخفية في القانون الوضعي ولاسيما من حيث العقود. حيث ينصرف ضمان العيوب الخفية إلى مجال الأحوال الشخصية كعقد النكاح، أي يمتد خارج المعاملات المالية فيثبت خيار العيب لكل من الزوجين.

كما انه يمتد من حيث الأشخاص إلى البائع، فإذا كان الثمن معيبا جاز للبائع الرجوع بالضمان على المشتري، وذلك خلافا للقانون الوضعي الذي يمنح هذا الحق للمشتري فقط.

5 ـ إتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن ضمان العيوب الخفية لايؤثر في تكييف العقد، فحتى لو كان محل العقد معيبا يبقى العقد صحيحا منتجا لجميع آثاره القانونية .

6 ـ أدمج القانون الوضعي كما رأينا بين شيئين مختلفين تماما. وهما العيب بمعنى الآفة وتخلف الصفة في المبيع، فأعطى لهذه الأخيرة حكم العيب، رغم أن تخلف الصفة في المبيع لاتدخل تحت تعريف العيب بمعنى الآفة الطارئة ، فضلا عن أن النظامين يختلفان من حيث النتائج المترتبة عن وجودهما . ذلك أن تخلف الصفة في محل العقد لايلتزم البائع بضمانها إلا إذا وجد نص صريح في العقد حسب فقهاء الشريعة الإسلامية، بينما ضمان العيب يلتزم البائع بضمانه حتى بغير وجود نص صريح لانه شرط ضمني في العقد. عملا بمقتضى السلامة المفروضة في محل العقد.

كما راينا عند بحث شروط العيب الموجب للضمان ان المشرع لم يكن يقصد من وراء وضع قواعد ضمان العيوب الخفية حماية اهمال او عدم تبصر المشتري وتسرعه . بل حاول مراعاة التوازن العقدي بين البائع والمشتري واشاعة الثقة في العقود .

وتبعا لذلك فان المشتري لا يجوز له استعمال حقه في رد المبيع الا اذا كان العيب ينقص من قيمة المبيع او نفعه بحسب الغاية المرجوة منه .وهذا ما يسمى بالمفهوم الوظيفي للعيب الدي اخذ به القانون المدني الجزائري حيث ربط بين العيب وتاثيره على الاستعمال المقصود من الشيء .

ثانيا : الملاحظات المتعلقة بنتائج ضمان العيب

1 ـ أن ضمان العيوب الخفية أو ما يسمى بخيار العيب في الشريعة الاسلامية يثبت للمشتري كما يثبت للبائع وذلك خلافا للقانون الوضعي الذي قرر الضمان لصالح المشتري فقط .

وان مصدر خيار العيب وان كان القانون وأحكام الشريعة الاسلامية إلا أن أحكامه لا تتعلق بالنظام العام بل هي مقررة لصالح المشتري ومن ثم يجوز تعديل أحكام هذا الضمان برضاه سواء بالزيادة أو النقصان أو إسقاط الضمان نهائيا.

2 ـ لم تشر كتب الفقه الإسلامي التي رجعنا إليها لتعويض المشتري في حالة الفسخ عن الضرر الذي أصابه نتيجة ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة. وذلك عكس القانون الوضعي الذي يسمح للمشتري المطالبة بالتعويض أو حتى التنفيذ العيني، وهذا الموقف من فقهاء الشريعة غير مفهوم بسبب وجود أحاديث صريحة تدل على التعويض، مثل حديث : { لا ضرر ولا ضرار }.

3 ـ لم يعالج القانون الوضعي مسألة حدوث عيب جديد عند المشتري لكنه يستند إلى سبب قديم حصل عندما كان المبيع في يد

البائع.

وهذا عكس جمهور الفقه الإسلامي الذي عني بهذه المسألة عناية خاصة، معتبرا أن العيب الذي حدث عند المشتري بسبب قديم في حكم العيب القديم، فيلتزم البائع بناء على ذلك بضمانه (مثال ذلك جناية العبد عند مولاه).

4 ـ لم يتناول المشرع الجزائري مسألة حدوث عيب جديد عند المشتري ثم يكتشف وجود عيب قديم أيضا. وعليه يجب الرجوع في حل هذه المسألة إلى القواعد العامة، وإذا رجعنا إلى هذه الأخيرة فهي لاتجيز للمشتري الفسخ بسبب العيب الجديد، لأن ذلك يعتبر إضرارا بالبائع، وهذا لايجوز، وعليه يقتصر حق المشتري في المطالبة بالتعويض عن العيب القديم. وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية كما رأينا.

إلا أن هذه المسألة تستلزم الملاحظة أن هناك فرقا بين احكام الشريعة والقانون هذا الأخير يعطي للمشتري الحق في الإحتفاظ بالمبيع والمطالبة بالتعويض، ولو رضي البائع بالفسخ وقبول المبيع بالعيب الجديد، لأن الأصل هو حق المشتري في الخيار بين الرد أو الإقتصار على المطالبة بتخفيض الثمن. أما في الشريعة الإسلامية فليس له إلا الفسخ دون الحق في إنقاص الثمن أو التعويض. وهذا في إعتقادنا يشكل مزيدا من إحترام لإرادة المتعاقدين، عكس القانون الوضعي الذي قد يجعل أحد المتعاقدين تحت رحمة رغبات الطرف الآخر.

5 ـ إذا إختار المشتري رد المبيع وتم الرد قبل القبض (التسليم) فإن ذلك لايحتاج حسب أغلبية الفقه الإسلامي إلى رضا الطرف الآخر أو اللجوء إلى القضاء. بل يكفي أن يتم بإرادة منفردة وذلك عكس القانون الوضعي الذي يستلزم أن تكون المطالبة عن طريق القضاء .

6 ـ في حالة فسخ العقد دائما فإن المشتري يكون ملزما برد المبيع وما أفاد منه مع مطالبة البائع بالمبالغ المقررة في ضمان الإستحقاق كقيمة المبيع والفوائد القانونية والمصروفات بما في ذلك مصروفات دعوى الضمان، وهذا المسلك هو في إعتقادنا تناقض وقع فيه المشرع الجزائري لأنه رتب على إختيار المشتري فسخ العقد نفس الآثار المترتبة عن إستبقاء المبيع وتنفيذه بطريق التعويض.

كما أنه لم يفرق بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم وكيفية تقدير إنقاص الثمن وكل ما فعله هو أنه أحال إلى أحكام ضمان الإستحقاق على أساس أن ضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية مردهما إلى أصول واحدة.

7 ـ لم ينص المشرع الجزائري على إفتراض قرينة العلم بالعيب الخفي في مواجهة البائع الصانع أو التاجر المحترف، رغم أن القضاء الفرنسي قد قضى بذلك واعتبر هذه القرينة قاطعة بالنسبة للأول، ورغم أن المشرع التونسي والمغربي قد نصا على ذلك صراحة.

8 ـ ملاحظة أخرى تجب الإشارة إليها وهي حالة ما إذا تصرف المشتري في المبيع بعد إطلاعه على العيب القديم، فالفقه الإسلامي يعتبر ذلك رضاء بالعيب لكون المشتري مخير بين أمرين فقط وهما رد المبيع أو الإحتفاظ به كما هو . إلا أن هذا الحكم غير ممكن تطبيقه في القانون الوضعي لكون هذا الأخير يمنح للمشتري الحق في أن يختار بين رد المبيع وبين الإحتفاظ به والمطالبة بإنقاص الثمن . وعليه فإن تصرف المشتري في الشئ المبيع بعد علمه بالعيب لايمكن إعتباره مسقطا للحق في الضمان إلا إذا وجد نص خاص يسقط هذا الحق . وعند ئذ نطبق قاعدة الخاص يقيد العام، أما عند عدم وجود النص فإن القواعد العامة في

الضمان لاتسقط حق المشتري في الضمان بل تسقط حقه في الرد فقط، لأن تصرفه في المبيع بعد علمه بالعيب لايمكن تفسيره بأنه رضا بالمبيع وما فيه من عيوب ما دام أن الأصل هو أنه مخير بين الفسخ أو الإحتفاظ بالمبيع مع التعويض عن العيب .

ثالثا : الإقتراحات

تبين لنا من خلال هذه الدارسة أنه لايمكن الإكتفاء بالملاحظات السابقة وبما وصل إليه الفقه والقضاء من نتائج بل يجب أن يتدخل المشرع بنصوص صريحة لإزالة الغموض حول بعض المسائل وسد الثغرات الموجودة في النقاط التالية :

1 - على المشرع إصدار نص خاص أو إضافة فقرة جديدة يجيز فيها للمشتري الثاني في اليوع المتتالية الرجوع على البائع الأول بدعوى مباشرة ما دام التزام البائع لازال قائما لم يسقط بعد ربحا للوقت وتخفيفا للاجراءات

2 - على المشرع أن يصدر نصا خاصا يميز فيه عند المطالبة بالتعويض بين البائع الصانع أو التاجر المحترف وبين البائع العرضي أو العادي. وذلك وفقا لما وصل إليه الإجتهاد القضائي والفقه في فرنسا، وطبقا لما نص عليه القانون التونسي والمغربي، لأنه ليس من العدل ولا المنطق أن يعامل الأول نفس المعاملة التي يعامل بها الثاني، فالمفروض في البائع المحترف أو الصانع أنه يعلم بمحتويات البضاعة التي يبيعها، وعليه يجب أن يفترض فيه العلم بالعيب وعدم التصريح به يعتبر بمثابة سوء النية يؤخذ بعين الإعتبار عند تقرير التعويض، أما البائع العادي فيجب أن يفترض فيه حسن النية لأنه الأصل وعلى الشخص الذي يدعي العكس إثبات خلاف هذا الأصل .

3 ـ السماح للمشتري بنص خاص ـ في حالة توافر حالتي الغلط وضمان العيوب الخفية في الواقعة الواحدة ـ باستعمال دعوى واحدة تجمع بين الدعويين، فقد رأينا أن القضاء يميل إلى تكوين نظرية منسجمة بالإعتماد على قواعد العدالة وظروف كل قضية، وعلى الرغم من إختلاف النظريتين في أساسهما وفي بعض النتائج إلا أن القضاء طبق عليهما نفس الأحكام في القضية الواحدة باعتيار أن النظريتين تسيطر عليهما فكرة واحدة لاسيما بعد تطور فكرة العيب الخفي من العيب بمعنى الآفة الطارئة إلى مفهوم وظيفي مرتبط بالإستعمال أو الغرض المعدل له الشئ أو الذي يقصده المشتري، وهذا ما جعل التقارب بين النظريتين أكثر، ومن هنا إذا أثبت المشتري أنه وقع في غلط في صفة جوهرية في الشئ المبيع ، و أن هذه الصفة الجوهرية تشكل عيبا خفيا يؤثر على الإستعمال المعدل له الشئ فيكون له دعوى واحدة ، على أن تكون لهذه الدعوى خصائص دعوى الغلط وبعض خصائص دعوى الضمان.

أما بالنسبة للنتائج المترتبة عن هذه الدعوى فإننا نفضل نتائج دعوى الضمان عن نتائج دعوى الغلط حتى يستفيد المشتري من إستعمال حقه في الخيار بين الرد أو الإمساك والمطالبة بالتعويض.

ومن يدري فقد يأتي اليوم الذي تزول فيه النظريتين وتحل محلهما نظرية أخرى، فالتطور سنة الحياة.

تم بعون الله وحمده

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : باللغة العربية

I - المعاجم

01 - لسان العرب : لإبن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، الجزء الثاني ، المؤسسة المصرية العامة للأليف والأنباء والنشرة ، الدار المصرية للـاليف والترجمة (بدون تاريخ).

•

II - مؤلفات الفقه الإسلامي

02 - إبن عابدين محمد بن امين بن عمر : رد المحتار على الدر المختار - الجزء الرابع-دار احياء التراث العربي -بيروت 1952 .

03 - ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد : فتح القدير - الجزء الخامس-دار الفكر-القاهرة -(بدون تاريخ) .

04 - ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم : البحر الرائق-الجزء السادس -دار الفكر-القاهرة -(دون تاريخ) .

05 - ابن جزي ابو القاسم محمد بن احمد: القوانين الفقهية -دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .(بدون تاريخ).

06 - ابن قدامة موفق الدين وشمس الدين ابن قدامى المقدسي: المغني مع الشرح الكبير-الجزء الرابع - دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع -بيروت 1983 .

07 - ابن يونس بن ادريس البهوتي : كشاف القناع على متن الاقناع -الجزء الثالث -راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي -الناشر -مكتبة النصر الحديثة -الرياض .(بدون تاريخ) .

08 - ابن يونس بن ادريس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنفع ،مراجعة وتحقيق وتعليق محمد عبد الرحمن عوض ، طبعة 2 ، دار الكتاب العربي لبنان 1988 .

09 - ابن حزم ابو محمد علي بن احمد بن سعيد : المحلى -تحقيق منير عبده -الجزء التاسع -ادارة الطباعة المنيرية -مصر -) بدون تاريخ)

10 - ابو اسحاق ابراهيم الشيرازي : المهذب -الجزء الاول-الطبعة الثانية -القاهرة -1959

11 - ابن رشد ابو الوليد احمد بن محمد لقرطبي : بداية المجتهد ونهاية المقتصد -الجزء الثاني-الطبعة الثالثة -1960 .

12 - ابو العباس احمد الصاوي : حاشية الصاوي على الشرح الصغير - الجزء الرابع -الناشر دار المعارف-بدون تاريخ .

13 - ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي : المبسوط - الجزء الثالث عشر - دار المعرفة .

•

14 - ابو بكر مسعود بن احمد الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -الجزء الخامس - الطبعة الثانية -دار الكتاب العربي- بيروت-1982م .

15 - أبوبكر مسعود بن احمد الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -الجزء الثاني - دار الكتاب العربي-بيروت 1982م .

- أحمد عبد الرحمن عوض : الروض المربع شرح زاد المستنقع - دار الكتاب العربي - الطبعة الثانية -بيروت- 1988م .

16 - الزيلعي عثمان بن علي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق -الجزء الرابع - دار الكتاب الاسلامي - القاهرة 1314 هـ .

- الرملي شمس الدين محمد بن احمد : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج -الجزء الرابع - دار الفكر -القاهرة 1938م .

17 - ابن تيمية (عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي النبلي): مجموع فتاوي ابن تيمية-المجلد- 25 - الطبعة الاولى -الجزء التاسع -المبيع- مطابع الرياض- 1313 هـ .

18 - عبد الرزاق احمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي - الجزء الرابع -نظرية السبب ونظرية البطلان -دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع -(بدون تاريخ).

19 - عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة -قسم المعاملات - الجزء الثاني - الطبعة السابعة -دار احياء التراث العربي للنشر والتوزيع - مصر 1980م.

20 - عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة - الجزء الثالث -دار احياء التراث العربي للنشر والتوزيع - مصر 1980م .

21 - مالك ابن انس : المدونة الكبرى المجلد الرابع طبعة جديدة - مكتبة المثنى - بغداد 1970م .

22 - محمد بن حارث الخشني : اصول الفتيا في الفقه على مذهب الامام مالك -تعليق الشيخ محمد المجدوب - د .محمد ابو الاجفان - د.عثمان بطيخ - الدار العربية للكتاب - تونس 1985م .

23 - محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير -الجزء الثالث -دار احياء الكتب العربية .

24 - محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية -دار الفكر العربي - بيروت 1977م .

25 - محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج :على متن منهاج الطالبين -لابي زكريا يحي بن شرف النووي الجزء الثاني -طبع باشراف شركة سابي بيروت 1955م .

- محمد بن عبد الرحمن الحطاب : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل - الجزء الرابع - دار الفكر - القاهرة .

26 - الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند : الفتاوي الهندية - المجلد الثاني - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت 1973م .

27

28

29

•

III ـ الكتب القانونية

30 ـ د احمد فراج حسين : الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، : الطبعة الأولى ، مؤسسة الثقافة المصرية (بدون تاريخ).

31 ـ د. أنور سلطان : مصادر الإلتزام ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت 1983م .

ـ د. أنور سلطان : العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، مطبعة دار نشر الثقافة ، الإسكندرية، 1952م.

32 ـ د. زهدي يكن : عقد البيع ، المكتبة العصرية ، بيروت ، (بدون تاريخ).

33 ـ د. عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة، دار إحيار التراث العربي ، بيروت ، 1952م .

34 ـ عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، الايجار والعارية ،الجزء السادس دار احياء الثرات العربي ، بيروت '(يدون تاريخ)

35 ـ عبدالمنعم البدراوي : عقد البيع في القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية، مطابع دار الكتب العربي، مصر، 1958م .

ـ عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات بيروت 1968 .

36 ـ د. عبدالعزيز عامر : عقد البيع، الناشر ، دار النهضة العربية (المطبعة العالمية) القاهرة 1967م .

ـ د. محمد لبيب شنب، د. مجدي صبحي خليل ، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.

37

38 ـ د. سمير عبدالسيد تناغو : عقد البيع ، الناشر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1973م

39 ـ د. توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة ، القاهرة ، 1970 م.

40

41

•

IV ـ الكتب المتخصصة

42 ـ د. اسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوربية ، الطبعة الأولى ، دار إقرأ للنشر والتوزيع والطباعة ، بيروت 1981م.

ـ أحمد شوقي عبدالرحمن : ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات ، المطبعة العربية الحديثة، 1983م.

43

V - الرسائل الجامعية

44 - عبدالرسول عبد الرضا محمد : الغلتزام ضان العيوب الخفية في القانون المصري والكويتي ، رسالة لنيل دكتوراه الدولة، جاعة القاهرة ، 1974م.

45 - عبدالله عبدالله محمد العلفي : أحكام الخيار في القانون المدني اليمني ، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري ، رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة عين شمس ، 1988م.

VI - المقالات

46 - محمود سلام زناتي : قانون حامورابي ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، يناير 1971م.

47 - منصور مصطفى منصور : تحديد فكرة العيب الوجب للضمان في عقدي البيع والإيجار ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، يوليو 1959م.

ثانيا : باللغة الفرنسية

I - OUVRAGES GENERAUX

48 - **BOUDRY LACONTINERIE et LEO SAIGNAT**: Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, (Vente et de l'échange, 3emme édition, librairie de la société du recueil, J.B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1908.

49 - **EUGENE GAUDMET** : Théorie Générale des Obligations, Publiées, Par, **H. DESBOIS J.GAUDMET**, Sirey 1973, Réimpression de L'édition 1965.

50 - **GEORGE RIPERT et MARCEL PLANIOL** : Obligation , Tome , VI. 2emme édition, 1ere Pa Par Paul Esmein , Librairie Générale de Droit et de jurisprudence , Paris 1952 .

51 - **GEORGE RIPERT et MARCEL PLANIOL** : Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome 2emme édition, Contrat Civil, 1ere Partie, Vente, Par **JOSEPH MEUREL**, L.G.D.J. Paris, 1956.

52 - **GEORGE RIPERT et MARCEL PLANIOL** : Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome, 2emme édition , Contrat Civil , Par A. ROUAST - R.SAVATIER, J.LEPARAGNEUR , A.BESSOUS, L.G.D.J. 1954.

53 - **H.ENRI . LEO . ET JEAN MAZEAUD** : Lacon de Droit Civil , Tome, II , Nouvel Licence , 2 édition , OBLIGATION , Théorie Générale , Bien , Droit de Propriété et ses Démembrements, Edition Montchrestin, 1958.

54 - **J. CARBONNIER :** Droit Civil Thémis, Tome, IV, Les Obligations, 11emme édition, Pr Universitaire de France 1982.

II - OUVRAGES SPECIAUX ET THESES

55 - **J. ESCARRA EDOUARD Escarra et JEAN Rault**: Traité Théorique et Pratique de Droit Commer Les Contrats Commerciaux, Les Ventes Commerciales, Par Jean Hemard, Librairie du Recueil, Paris, 1953.

56 - **AL.AREF (ABILIN AREF ARSITCH** : De la Théorie Générale de la Garantie Pour Vices Cach

l'exclusion de la Vente et échange D'animaux Domestique, Thèse Pour la Doctorat, Paris 1936.

57 - **ELISABETH COTTIN** : La Définition du Vices Caché Dans La Vente, Etude de Droit Comp Thèse Pour le Doctorat, Paris 1939.

58 - **JACQUE GHESTIN :** La Notion d'erreur dans le droit positif actuel, Tome .II, L.G.D.J. Paris 1

59 - **JACQE MAURY** : L'erreur Sur La Substance dans les Contrats à Titre Onéreux, Etude de Droit (à la Mémoire de H.Capitant. LIBRAIRIE Dalloz , Paris 1939.

60 - **JOSEPH DE BERNON :** Des Vices Rédhibitoires Ou Cachés Dans Les Différents Contrats en I Romain et en Droit Français Thèse Pour Le Doctorat, Imprimerie des écoles, Paris, 1887.

61 - **MARTH FOURNIER** : De la Protection Des Parties Dans Les Ventes D'antiquités et D'objet D' Thèse Pour Le Doctorat Imprimerie Du Palais, Dijon 1936.

62 - **MICHEL ALTER** : L'obligation de delivrance dans la vente de meubles corporels, librairie général droit et de jurisprudence paris 1972

63 - **NOEL DEJEAN DE LA BATIE** : Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit Français L.G.D.J Paris 1965.

64 - **CHARLIN** : De la garantie à raison des vices cachés en matière de vante, thèse pour le doctorat I 1895.

65 -**VERGNES** : De la garantie dans les contrats à titre onéreux thèse pour le doctorat Parie 1

66 -**ZERAH** : La garantie des vices cachés dans la vente commerciale de marchandise, Parie 1

67 -R CARDAHI La vente en droit comparé occidental et oriental thèse pour le doctorat Paris 1

III - ARTICLES ET NOTES

68 - **ADRIAN SUDAKA** : Ou en est la théorie des vices cachés dans la vente des véhicules d'occas Gazette du palais (G.P) 1966.

69 - **ALBERT WAHL** : De la garantie des vices dans la vente de valeurs mobilière Revue trimestrie droit civil 1914 PP 1 et suite.

70 - **BERNARD BOUBLI** : Soliloque sur la transmission de l'action en garantie Jurisclasseur pério (J.C.P.) semaine juridique 1974 n° 3 doctrine 2646.

71 - **BERNARD CROSS** : Encyclopédie Dalloz, droit civil tome IV 1972 gar

72 - **BOCCARA** : dol, silence et riticence, gazette du palais 1953 doc

73 - **BORIS STARCK** : Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, revue trimestriel de droit 1958 PP 475 et suite.

74 - **BORIS STARCK** : Observation sur le régime juridique de clause de non responsabilite ou limitative de responsabilité, Dalloz 1974 PP 163 et suite.

75 - **DANIEL-HUET-WEILLER** : Jurisclasseur civil, article 1641 à 1648, vente Fa

76 - **DE JUGLART** : L'obligation de renseignement dans les contrats. Revue trimestrielle de droit 1945 PP 1 et suite.

77 - **H. ROLAND**: Observations sur la vente des véhicules d'occasion, Dalloz 1959. Chroniques P

78 - **GEORGE BERLIOZ** : Droit de la consommation et droit du contrat J.C.P. 1979-1-2954 et s

79 - **GERARD CORNU** : Note au R.T.D.C. 1962 PP 574 et s

80 - **GERARD LEVY** : Note au R.T.D.C. 1971 PP 635 et s

81 - **H. MAZEAND** : La responsabilité civil du vendeur fabricant R.T.D.C. 1955 PP 611 et s

82 - **HENRI ROLAND** : Observation sur la vente des véhicules d'occasion Dalloz 1959 chronique PP et suite.

83 - **JEAN BIGOT** : Note sous cassation civil du 25-10-1961. Dalloz P

84 - **JEAN BIGOT** : Plaidoyer pour les clauses limitatives de garantie et de responsabilité dans les con de ventes et de fournitures entre professionnels J.C.P.1975-1-2755 .
85 - **JEAN CARBONNER** : Note au R.T.D.C. 1955 .PP 128 et s
86 - **JEAN CARBONNER** : Note au R.T.D.C. Civ. PP
87 - **JACQUE GHESTIN** : Observation sous cassation du 7-02-73 J.C.P. 1975-11-17
88 - **JACQUE GHESTIN** : Observation sous cassation du 21-11-72 -11-17
89 - **JACQUE GHESTIN** : Conclusion sous cassation du 03-10-1978 J.C.P. 1979-2-19
90 - **JEAN HEMARD** : Note au R.T.D. Commercial 1953 P
91 - **JEAN LACOMBE** : La responsabilité de l'exploitant d'un magasin à l'égard de ses clients R.T.I 1963 PP 242 et suite.
92 - **JEAN LEPARGNEUR** : De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier de contrats générat d'obligations relatifs aux biens transmis R.T.D.C. 1942 PP 481 et suite.
93 - **LEVY.G**. : Recherches sur quelques aspect de la garantie des vices cachés dans la vente des véhic neufs et d'occasion R.T.D.C. 1970 PP 3 et suite.
94 - **OVERSTAKE. J** : La responsabilité du fabricant de produit dangereux R.T.D.C. 1972 PP 485 et s
- **PAUL ESMEIN** : Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsab délictuelle R.T.D.C. 1933 PP et suite.
95
- **PHILIPPE MALAURIE** : In jurisclasseur civil 1975 articles 1101-1155 contrat et obligatio général, l'erreur Fasc. 3.B.
96
- **PHILIPPE MALINVAUD** : Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des v cachés J.C.P. 1975-11 doctrine 2690.
97
- **PHILIPPE CAHN** : L a convention de la Haye du 1er, juillet 1964 portant loi uniforme sur la v internationale des objets mobiliers corporels R.T.D. Commercial 1964 PP 689 et suite.
98
- **PHILIPPE JESTAZE** : Conclusion sous cassation du 28-03-1
99 - **PIERE VOIRIN** : La notion de clause dangereuse, Dalloz Hebdomadaire 1929 partie chroniqu 142 et suite.
100
- **RICARDO FUBINIE** : Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices ca R.T.D.C. 1903 PP 279 et suite.
101
- **RENE ROBLOT** : De la faute lourde en droit privé Français R.T.D.C. 1943 PP 1 et s
102 - **R. SAVATIER** : Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats R.T.D.C. 1934 PP 525 et s
103 - **THEODORE IVAINER** : De L'ordre Technique à Lordre Public Technologique , Jurisclas Périodique , J.C.P. 1972 – 1 -2495.
104

IV - REVUES ET PERIODIQUES

105 - Dalloz Nouveau Répertoire de Droit Civil 1965, Tome , IV. 2 emme édition.
106 - Jurisclasseur Civi 1983 Articles 1438 - 1707 , Misr à Jour Fax B.
107 - Juriscasseu Civil 1982, Articles 1438 a 1707, Voir Garantie desVices , Mise a Jour.
108 - Jurisclasseur Civil Annexes , V. 1981 et II, 1983 Mise a Jour (La Vente des Animaux Domestiques).
109 - Jurisclasseur Periodique (J.C.P) Semaine juridique .
110 - Jurisclasseur Civil Articles 1641 a 1649 Fax. 10 , N° 256 .
111 - Gazette du Palais (G.P) .
112 - Dalloz Répertoire de Droit Civil , Tome , VII . Vente , Obligation Du Vendeur , N° 562 .
113 - Revue Trimestrielle de Droit Civil (R.T.D.C °.
114 - Revue Trimestrielle de Droit Commercial (R.T.D.Com).

ـ التقنينات

01 ـ القانون المدني الجزائري الصادر عن وزارة العدل ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1984 .

02 - **Le Code Civil Francais** : Nouvele Edition 1983, Avec Textes Annexes et Jurisprndence Prat Europa , Edition , Paris .

03 ـ مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، المطبعة الرسمية (بدون تاريخ) .

04 ـ قانون الإلتزامات والعقود المغربي مع آخر التعديلات ، تقديم : عبدالعزيز توفيق ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الدار ابيضاء ، طبعة 1992 .

05 ـ مجلة الأحكام العدلية (الفقه الحنفي) : دراسة وتحقيق ، د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، د. محمد إبراهيم أحمد علي ، الطبعة الأولى ، 1981 م ، الناشر ، تهامة جدة ، المملكة العربية السعودية.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات